MODERNI PROBLEMI DEL DIRITTO

Digitized by Google

della diffusione della cultura, al quale sono rivolti anche questi « moderni problemi del diritto », che presentiamo tradotti al pubblico italiano, costituisca il compito essenziale dei grandi maestri e determini per essi uno dei più ambiti titoli di legittimo orgoglio.

« Io voglio soltanto rilevare — scrive, a proposito della sua giovinezza operosa e feconda, lo stesso Kohler — che senza tanti altri studii d'indole diversa, io non avrei potuto fare nella mia scienza quei grandi passi, che, a buon diritto o a torto, mi si possono riconoscere. Senza le nozioni tecniche delle scienze naturali, io non avrei mai potuto scrivere i miei lavori sul diritto d'inventore, senza i miei studii linguistici e teologici io non avrei mai potuto spingere tanto oltre il mio pensiero, nè comprendere nella sfera dei miei lavori i diritti dei popoli delle nostre colonie nè fare indagini sui diritti di altri popoli diversi per natura, per ambiente e per cultura; e ciò che io ho fatto nella scienza dogmatica, per approfondire l'esame della evoluzione delle leggi tedesche e della loro elaborazione scientifica, è il risultato del progresso logico da una parte e dell'intuito poetico dall'altra. »

***

La varietà delle mirabili esplicazioni intellettuali del Kohler è tutta avvinta da un intimo nesso di coordinazione, come sempre avviene nell'armonica manifestazione complessiva dei grandi ingegni, che

Digitized by Google

Di qui i doveri della società che solo l'epoca più recente, e in piccola misura, ha compreso. Certo finora si è educato, ma nei tempi antichi solo esternamente; ed anche oggi, normalmente, si trascura l'educazione del carattere accanto all'educazione dell'intelligenza, e non di rado per quest'ultima si corrompe il carattere morale (1). Naturalmente l'educazione deve compiersi quando l'anima è duttile, ossia nella gioventù, ed è quindi dovere sacrosanto dello Stato, dovunque possa esser micidiale l'educazione fra le pareti domestiche, e in particolare se la famiglia s'imbrotoli nel fango, toglierle il fanciullo e assumerne l'allevamento. In tal guisa il preoccuparsi del problema dell'educazione ha dato già qualche frutto. Se lo Stato trascura ciò, è esso stesso responsabile della deplorevole condizione in cui è per questo messo l'uomo. Ma anche negli anni più avanzati non è esclusa la possibilità di quest'influenza, e si può ottenere che il carattere metta da bando quei moventi che possono determinarlo al delitto, che ne sia affievolita la seduzione, che si soccorra con intelligenza ed amore l'individuo, quando

---

(1) Coll'eccessivo stimolo dell'ambizione, coll'alimentare la gioia del male, ecc.

Digitized by Google

il bisogno, la disoccupazione, la cattiva compagnia gli siano fonte di traviamento, procurandogli lavoro, sane divagazioni, buona compagnia, e si cerchi di salvarlo dai tentacoli della corruzione. Qui si presenta alla società il gratissimo cómpito della guerra da muovere al male, nel qual riguardo siamo ancora ai primi passi. Finora si è badato al particolare, p. es. a lenire il bisogno; ma l'umanità offre cento altri mezzi per secondare l'educazione della volontà e rendere possibile ch'essa non soccomba. Anche la religione ha una enorme influenza sulla morale, e chi toglie questa al popolo lo priva d'una delle armi più potenti nella lotta contro il male. Ha pure conseguenze moralmente rilevanti il formarsi delle associazioni, dovendo astenersi il socio da molti vizii e molte scorrettezze, non foss'altro per non esserne espulso. Perciò erano miopi anche i tempi recenti, quando per principio ne rendevano difficile la costituzione, solo per evitare alcuni inconvenienti. Inoltre si può procurare il collocamento degli individui anche per mezzo d'informazioni gratuite e facili ad aversi, il che pone rimedio a varii pericoli.

Naturalmente l'aiuto può esser anche mediato: la guerra all'alcoolismo porterà al migliora-

Digitized by Google

mento morale dell'umanità, poichè questo vizio l'ha rovinata non solo dal lato intellettuale, ma anche, e spaventevolmente, dal lato morale. Noi non solo siamo debitori all'alcool dell'essere rimasti indietro di un secolo intero di regresso intellettuale, ma dobbiamo anche ascrivere in grandissima parte al più distruttore di tutti i veleni vizii raccapriccianti, imperfezioni etiche e difetti morali innati. Di ciò sarà parola più oltre.

Senza dubbio dev'esser mosso un rimprovero sotto questo punto di vista alla condizione di cose esistente finora. Si è riconosciuto troppo poco che, se la volontà umana è libera, è dovere della società di porger la mano all'individuo in questi frangenti pericolosi e di combattere o annientare le influenze rovinose che lo trascinano al delitto. Si è ostacolato lo spirito di associazione, si è permesso l'alcoolismo, non si è proibita la vendita al minuto dell'acquavite, non è sorta la preoccupazione per la produzione libera dell'alcool, non si è fatto sorgere lo spaccio di thè invece di quello di bevande spiritose, si è tollerata nelle bettole l'emigrazione del vino! Ed ora se ne deplorano le conseguenze! Con tutta la libertà del volere è certo che uno ha da lottare in condizioni più difficili, uno in condizioni più lievi, che il cómpito dell'uno è fa-

Digitized by Google

cile, quello dell'altro formidabile, che sotto questo riguardo v'è nella società una grande disuguaglianza ed è cómpito della civiltà attenuare questa disparità e promuovere la missione della morale. Questa è dunque la politica della protezione morale dei caratteri deboli, affinchè diventi migliore la loro natura, sia da essi lontana la tentazione, e siano tenute a bada le influenze rovinose che quotidianamente esauriscono le loro forze di resistenza.

È notevole che noi sostenitori del libero arbitrio richiediamo queste cose al pari di quella scuola la quale nega la libertà del volere e da ciò piglia il nome. Pur riconoscendo la libertà del volere noi confessiamo l'enorme influenza che esercita sull'uomo l'ambiente, il « milieu ». Noi quindi siamo pienamente convinti che in questo campo può spiegarsi una delle attività più proficue del genere umano. Se questo finora non si è fatto, non è colpa del libero arbitrio, ma della concezione unilaterale della funzione dello Stato; pure si crede di fare un gran che coll'aver dichiarato lo Stato puramente giuridico *(Rechtsstaat)* e coll'averlo considerato per più decennii come una buona pasta di cittadino che vada pei fatti suoi e non si debba pre-

Digitized by Google

occupare di altro; la qual teoria sostengono ancor oggi i tribunali a proposito del § 193 del codice penale!

È desiderabile che da questo noi ci liberiamo; ciò è desiderabile particolarmente dal punto di vista del libero arbitrio e della responsabilità morale!

§ 21.

Un importante rimedio per dare al criminale un sostegno, metterlo nelle relazioni normali della vita, spingerlo in una cerchia che spontaneamente possa occupare la sua esistenza, e anche per tenerlo lontano dall'alcool, è la deportazione che a buon diritto è stata recentemente propugnata con entusiasmo. In essa troviamo non solo la pena, ma soprattutto anche utilità, sicurezza e miglioramento, poichè principalmente: 1°, sottrae l'individuo all'ambiente guasto che lo stimola al male; 2°, gli dà un mestiere nella società e lo mette in condizione di dimenticare, come nell'onda di Lete, il suo passato; 3°, lo mette in relazioni che gli procurano una nuova vita socialmente normale. Perciò l'idea della deportazione è da accogliere simpaticamente e i suoi smisurati vantaggi debbono aver ragione di tutte le obiezioni che le furono mosse.

Digitized by Google

Più volte si è ricordato in contrario l'esempio dell'Australia, dove si è dovuto far a meno, alla fine, della deportazione di nuovi condannati. Ciò però è dovuto a un errore fondamentale che si commise dopo che Macquerie, il quale aveva portato la colonia penale, dal 1809 al 1822, a una condizione di prosperità straordinaria, si dimise dalla sua carica. Il grande errore fu l'aver accolto i liberi immigrati nella colonia dei deportati. Per quanto ciò possa farsi limitatamente, sorgerà sempre un forte dissidio fra i liberi coloni e i delinquenti ivi abitanti, nè i primi saranno tranquilli finchè non cessi l'affluenza dei deportati, eccetto il caso che i criminali lavorino pei coloni. Questo si tentò in Australia (1), ma è un sistema consigliabile solo limitatamente. D'altronde, se gl'immigrati non saranno soltanto piccoli proprietari, ma vorranno essere anche operosi lavoratori, si ribelleranno contro il sistema che loro fa una spietata concorrenza.

Ma la fortuna del sistema di deportazione in Australia precipitò quando, per la scoperta dei giacimenti auriferi, vi si riversò una enorme corrente emigratoria; poichè alla fine i delinquenti, i quali vi erano mandati a spese dello

---

(1) Cfr. HOLTZENDORFF, *La deportazione come pena,* pag. 299.

Digitized by Google

Stato e non potevano essere abbastanza sorvegliati, si trovarono in condizione più vantaggiosa di chi vi si doveva recare liberamente, ma a proprie spese. Così si diresse alla Nuova Galles del Sud e a Vittoria una grande quantità di emigranti, ma, quando vi si furono stabiliti, non poterono naturalmente convivere coi criminali ivi domiciliati.

In tal modo è inconcepibile ogni colonia penale se per principio non si vuol proibire nella stessa località la colonizzazione libera.

Del resto, non ostante molti errori e molte sventure, i Francesi hanno fatto buona prova nella Nuova Caledonia. La deportazione, come si vedrà, ha menato alla diminuizione della criminalità in patria e alla civilizzazione della Nuova Caledonia; non si pensa a sopprimer le colonie penali, e, come felici sono stati i risultati dei Portoghesi, felicissimi sono quelli della Russia in Siberia e a Sachalin (1).

Il requisito principale d'una sana politica sta nel trovare le regioni ove il delinquente abbia la possibilità di un lavoro regolare e riesca a procacciarsi i mezzi della propria sus-

---

(1) La dimostrazione si trova nella *Riforma coloniale tedesca*, II (1905), pagg. 1238 e 1243.

Digitized by Google

sistenza, poichè dobbiamo innanzi tutto far sì che il delinquente possa nutrirsi e coprire le spese del suo sostentamento, sicchè egli in avvenire riesca a una vita perfettamente normale.

Inoltre l'unione dei sessi nella vita coniugale porterà alla vita della famiglia, colla forza morale che l'è propria. Una colonizzazione solo di uomini porterà a perversioni sessuali e a congiungimenti contro natura di maschi con maschi. Ma il timore che da regolari matrimonii nasca una cattiva generazione ha da gran tempo spopolato l'Australia. La cosa principale è il lavoro regolare e la lontananza dall'ambiente che corrompe; questo nel corso delle generazioni darà naturalmente una razza migliore.

§ 22.

Così dall'osservazione della vita umana abbiamo imparato che la lotta della società contro il delitto non è solo la pena, e che non dobbiamo servirci soltanto della pena nell'opera di intimorimento e di miglioramento, ma che lo Stato deve esercitare una funzione educatrice e porger la mano a coloro che per natura o per caso si trovano inclinati al delitto, affinchè l'istinto criminoso non meni al reato. Il diritto penale

Digitized by Google

non è la sola cosa che ci pone di fronte al delitto; ma noi soltanto non rinunziamo al diritto penale coesistente colle altre funzioni dello Stato, ed è uno sconoscere completamente il progresso, al quale portiamo il nostro contributo, sostenere, come recentemente si è sostenuto, che il nostro voler separare particolarmente il diritto penale dalle altre attività statali contraddica a considerazioni storiche (1); invece tutta la storia dimostra che la pura divisione di queste diverse funzioni dello Stato va di pari passo col progresso, come in altri campi la separazione della procedura civile dal diritto civile, della giurisdizione contenziosa dalla volontaria, della morale dal diritto, ecc... Noi non adempiremo bene a tutti questi compiti dello Stato se non quando li comprenderemo tutti nel loro senso e nello spirito loro, pure svolgendo la tecnica di ciascuno nella sua propria maniera.

---

(1) MAKAREWICZ, *Introduzione alla filosofia del diritto penale*, pag. 12.

Digitized by Google

3. Pena e sicurezza pubblica.

§ 23.

Le misure di sicurezza non sono la pena, ma cominciano dopo la pena; gli edifizii carcerarii non debbono essere considerati come manicomii, perchè, se non si ritiene mentecatto il malfattore, e in questo caso non lo si sarebbe condannato, lo si ritiene uomo cosciente, dal quale però, per la sua vita anteriore, deve attendersi che non applicherà il suo libero volere alla distruzione dei suoi istinti criminosi, ma che in molte maniere, se non pure sempre, se ne servirà a commettere delitti e a minacciare e tormentare la società.

Che un tale argomentare dal passato all'avvenire non contraddica al libero arbitrio si rileva naturalmente da quanto fu detto. Si potrebbe senza dubbio obiettare che non il *se* ma il *come* della determinazione della volontà sta al di fuori della legge delle cause, e che perciò non si può argomentare dal modo di determinarsi in un dato caso al modo di determinarsi in un altro. Ma questo è negato dall'esperienza. Poichè, se il *come* della determinazione è fondato su circostanze inaccessibili alla causalità ordinaria e basate sur un infinito non determinabile matematicamente,

Digitized by Google

hanno e mostrano una principale orientazione direttiva, per quanto vasta sia la loro cultura; e nel senso di quella loro orientazione rivolgono anche i più disparati e diversi studii.

Persino i due volumi di poesie *(Dichtungen* e *Neue Dichtungen)* contengono qua e là, in sintesi genialmente inspirata, dei concetti che sono il frutto di lunga meditazione o di profonda elaborazione scientifica. Ricordo alcune belle quartine sulla funzione sociale dell'arte, citate dallo stesso autore a proposito della distinzione giuridica fra l'arte pura e l'arte industriale. Simpatiche liriche sono comprese nei suoi saggi intitolati « Dal cammino della vita » e nel suo recente romanzo « Eine Faustnatur ».

In Italia, un giurista che scrivesse dei versi e che, oltre a scriverli, si attentasse a pubblicarli, sarebbe, anche se illustre, discreditato per sempre. E qualche professore di diritto, che conserva anche nelle gravi occupazioni del suo insegnamento, il culto per le lettere e per le arti, deve fra noi, mantenere inedite e nascoste queste sue predilezioni come se fossero delle tendenze inconfessabili. Vi è qualcuno che, ancor giovane, ha disdegnato un suo antico volumetto di versi giovanili, rinnegandolo con un crudele atto di disconoscimento di paternità letteraria. Altri, facendo in privato delle dichiarazioni di simpatia per il ricordo nostalgico del mondo artistico-letterario vagheggiato nei verdi anni della giovinezza entusiasta, ha potuto accennare con un certo com-

Digitized by Google

anche l'infinito può avere a sua volta leggi che non possiamo determinare dappresso. Ma la testimonianza dell'esperienza dimostra che se la personalità nello scegliere si è comportata in un dato senso, una determinazione posteriore sarà prevedibilmente anche nello stesso senso, per lo meno in quanto la libera determinazione si fonda sulle stesse basi, e non è avvenuto una trasformazione del carattere tale da render vana l'influenza delle circostanze.

Perciò è giustificato l'imprigionamento a causa di sicurezza, se da un lato il pericolo appare incalzante e dall'altro sono di grande importanza i beni giuridici minacciati, e il cui danneggiamento porterebbe alla società svantaggi ben gravi.

L'imprigionamento non è dunque l'isolamento del folle, ma la trasposizione dell'individuo cosciente — non più punibile perchè ha già avuta la sua pena — in tale stato che egli non possa più nuocere alla società. Poichè così non si ha un trattamento di pazzi, non v'è una cura di ammalati nè alcun'altra cosa che riguardi l'igiene o la terapia. Poichè è presupposto che non è possibile miglioria e che quindi sono anche infruttuosi i tentativi di miglioramento, non si deve mirare nè a guarigione fisica nè morale. Ciò che si vuole è esclusivamente qualche cosa di ne-

Digitized by Google

gativo, ossia impedire che l'agente possa esser nocivo alla società. Se egli non può vivere del suo, si penserà con una certa economia a lui, e gli si darà il modo di procurarsi il mantenimento e le altre cose necessarie della vita, come potrebbe se fosse libero.

Qui naturalmente non si considera solo l'imprigionamento per sicurezza nelle mura d'un reclusorio. I nostri antichi conoscevano anche altri mezzi: si servivano particolarmente del bando, ma il bando in terra straniera è ora escluso dai principii del diritto internazionale: noi espelliamo al di là dai confini solo lo straniero. Anche il barbaro sistema, già assai diffuso, di accecare il reo e renderlo perciò sventurato è al di fuori delle nostre considerazioni.

Ma è sempre possibile, pur oggi, bandire chi non può migliorarsi in un'isola ove non esista ciò che è minacciato dal suo operare, sottoporlo a sorveglianza, togliergli con che possa nuocere: la sicurezza, per esempio, può consistere nel semplice divieto di portar armi, o, quando si tratti di uno che fa del male solo tra i fumi del vino, in una bettola, nel proibirgli l'uso delle bevande alcooliche.

Da questo punto di vista si devono escogitare cose diverse secondo i diversi modi di delin-

Digitized by Google

quere; poichè non si deve imporre una privazione maggiore di ciò che è necessario a raggiungere lo scopo.

Naturalmente anche da questo lato la deportazione è il meglio di tutto e quel che più risponde allo scopo, dando la possibilità all'uomo di star lontano dagli ordinarii luoghi civili, senza però sottoporlo, come nella reclusione, a una privazione di libertà troppo gravosa.

4. Criminalità e mezzi di prevenzione.

§ 24.

Si parla e si scrive molto dell'incremento della delinquenza, e in Germania non si nega in particolar modo un accrescimento nella cifra dei reati di sangue.

Ma questo aumento non è generale. In certi paesi v'è un notevole decremento, in altri la delinquenza è sempre assai minore che da noi. Specialmente il Cantone di Genf si trova bene sotto questo riguardo, ed anche in quello di Zurigo la criminalità del 72 per 10000 negli anni 1854-58, è scesa al 62, nel 1899-1903; anche in Inghilterra è assai minore che in Francia e in Germania. D'altra parte la delinquenza in Francia, dopo il suo grave incremento degli ultimi tempi,

Digitized by Google

negli anni 1892-1902, mostra di nuovo una mediocre diminuzione, e la convinzione che essa cresce proprio nei grandi centri si è mostrata inesatta, poichè la criminalità è minore a Londra e a Parigi che in molte province.

Anche l'attendibile previsione che dovessero sempre più diminuire i reati di sangue per dar luogo a quelli della frode e dell'inganno non si è mantenuta; poichè, al contrario, in Francia e in Germania sono in grande e completo aumento i reati di sangue e di violenza.

Oggi non sono ancor chiare le cause della diminuzione e dell'incremento della delinquenza. In ogni modo si è dovuto riconoscere in Francia che la deportazione ha contribuito molto all'epurazione del popolo in quanto erano proprio i deportati che agivano antisocialmente e senza dubbio continuavano a vivere nel delitto. Se anche dalla Germania si mandassero via una buona volta 10 o 20,000 pessimi soggetti, ne verrebbe un'importante miglioramento delle nostre condizioni. Poco tempo fa si ebbe cura, mancando a noi colonie penali, di servirci degli Stati Uniti come di luogo di deportazione, e per lungo tempo la Germania vi mandò i suoi soggetti inutili, i quali vi morirono o diedero al mondo rampolli più o meno degni. Questo ora è cessato e non v'è

Digitized by Google

altro scampo. Non si è voluto pensare alle colonie pei condannati, sicchè sopravvive in Germania una quantità di gente pessima e incomoda, e non c'è da meravigliarsi che la criminalità aumenti.

Pur si dovrebbe credere che l'idea della deportazione dovesse essere abbracciata con entusiasmo: ma ci vuol molto perchè queste cose moderne siano comprese in Germania.

Del resto, si noti: è proprio falso che all'incremento della civiltà segua il decremento della criminalità, poichè l'elevazione della civiltà è anzitutto un'elevazione delle forze intellettuali e del contenuto dello spirito, come uno sviluppo del senso estetico si ricollega all'ascensione economica e a un accrescimento di mezzi economici e di bisogni della vita. Tutto ciò non importa necessariamente un ostacolo alla lotta contro le aspirazioni antisociali, specie perchè l'operosità distrae l'individuo da pensieri morbosi e gli pone innanzi chiaramente la necessità di sottoporsi ai rapporti collo Stato. Certe specie di reati sono scomparsi: il brigantaggio e la vendetta di sangue *(Blutrache)*; ma, come pure sarà dimostrato, il primo continua ad esistere sotto altre forme, ed altre degenerazioni sono sottentrate alla vendetta di sangue. D'altra parte,

Digitized by Google

in senso contrario, l'elevazione della civiltà dà numerose occasioni a mille piani criminosi, e i mezzi di nascondersi e insinuarsi sono sempre più meditati e facilmente ingannano: ma sopratutto l'elevazione delle condizioni economiche produce un abisso profondo tra povero e ricco, e gli elevati strumenti del piacere accrescono in pari tempo i bisogni e destano una quantità di istinti malsani; inoltre per l'amore del bello non potrà non aversi una certa sovreccitazione sessuale, e, per ciò che riguarda l'orrore del sangue che dipende dalla civiltà progredita, esso è compensato, come sarà dimostrato, da altre circostanze. Ma innanzi tutto la civiltà implica un operare dell'individuo con una certa autonomia e con un certo tenersi al di fuori della collettività e dei suoi rapporti sociali. Ogni essere diventa sempre più il prossimo proprio e vuole svilupparsi a modo suo e farsi artefice del proprio destino: e poichè questo urta spesso contro ostácoli e difficoltà, cresce lo scontento e la sfiducia nelle situazioni dominanti. Inoltre le forze che favoriscono l'incremento della civiltà contengono anche una buona dose di scontentezza dei rapporti e delle relazioni esistenti, poichè proprio l'aspirazione al meglio implica una certa consonanza negativa con ciò che ora esiste. L'esistente

Digitized by Google

è più o meno insoffribile; di quel che finora vigeva come fermo e sicuro è riconosciuta l'incompiutezza, e in ogni caso la relatività, e la timida e rispettosa ritrosia innanzi all'opera degli antenati crolla sempre più. L'incontentabilità è il distintivo di ogni civiltà, come è la caratteristica di ogni mente creatrice. Nessun'epoca fu più fortunosa del secolo di Pericle e di Michelangelo, nessun popolo più irrequieto del greco e del fiorentino.

Con ciò non vogliamo dire il delitto, con certi sociologi, manifestazione sana e normale di civiltà, al cui sparire questa si ammalerebbe; noi vogliamo solo giungere alla conseguenza che la civiltà portà in sè una quantità di germi criminosi che possono proromper fuori; e, se ciò non avviene, per poter essi venir combattuti e distrutti, è un gran vantaggio, e la storia e l'esperienza dimostrano che si può fare molto da questo punto di vista.

Una cosa non dev'essere trascurata. Anche il militarismo (come, innocentemente, ogni civiltà) è causa d'incremento degl'istinti criminosi. Sì che la vita militare contiene una sana disciplina; ma d'altra parte non può negarsi che l'uso abituale delle armi e la consuetudine della guerra portano seco spontaneamente una certa durezza

Digitized by Google

nell'individuo, e la guerra stessa, più o meno, è in contrasto coll'orrore per lo spargimento del sangue. Anche lo star insieme uomini forti e che vivono all'aperto, nel pieno vigore della gioventù, porta con sè urti che accentuano le passioni. Durante il servizio militare i cattivi germi sono fiaccati da una ferrea disciplina, ma questo non accade quando esso è terminato. Dipende da ciò che proprio in questo senso la delinquenza è maggiore in Francia e in Germania che in Inghilterra (1).

§ 25.

L'aumento della vita del delitto coll'elevazione della civiltà è per sè un fatto doloroso; solo è di conforto che si armonizzi colla civiltà, che tende verso l'alto, e non imbarazzi per nulla l'ulteriore evoluzione di essa. L'epoca che dall'Alighieri va a Michelangelo fu un'epoca di inaudito rinvigorimento dello spirito umano, ma è indiscutibile che allora a Firenze il numero dei delitti ebbe proprio un incremento raccapricciante. D'altra parte noi dobbiamo trarre da questo l'insegnamento che la civiltà non

---

(1) Per l'Inghilterra cfr. RATHENAU nel mio *Arch. pel diritto pen.*, 50, pag. 20 e segg.

Digitized by Google

possa menare per nulla a un indebolimento del diritto: per noi non si tratta solo di sviluppare la civiltà, ma anche di combattere i rapporti antisociali dipendenti dall'incremento di essa. Al che finora, come spesso notammo, si è pensato solo in minima parte. Si credette di aver fatto tutto collo sviluppo del capitale dell'intelletto, perchè si stimò che l'elevamento della cultura fa scomparire spontaneamente il delitto. Questo è un grande pregiudizio che ha male guidato la legislazione. Si deve riconoscere che coll'elevazione della cultura gli stimoli al male non sono diminuiti, ma aumentati, e si deve perciò pensare ad agire nel senso contrario ad essi. Come la società debba mettersi in guardia per distruggere possibilmente i luoghi ove il delitto fiorisce, come d'altra parte si debba porger la mano a chi è inclinato al male per soccorrerlo nella sua pericolosa posizione, è stato già detto (pag. 78 segg.). Ivi fu particolarmente rilevato che la deportazione mette mille e mille elementi pericolosi in rapporti nei quali si ottunde la loro attività criminosa e i loro disegni malvagi isteriliscono naturalmente, per non trovare la materia necessaria che li alimenti.

Facciamo quanto è in noi per ottenere tali beneficii! La società del settanta, che Treitschke

Digitized by Google

ci additava come il modello delle virtù eroicamente patriottiche, è stata completamente infeconda da questo punto di vista. Allora si facevano le spese coi mezzi esistenti in quella società, senza tener conto che i nuovi tempi, con tutte le loro esigenze e i loro ideali, anche sotto questo riguardo debbono battere nuove strade. Nulla si fece per addolcire i contrasti economici, e uno Schultze-Delitzsch colla politica sociale dei mezzucci credè persino di potere adempiere i cómpiti smisurati che scaturirono naturalmente dagli inauditi mutamenti della costituzione economica e intellettuale e dai nuovi rapporti sociali. Solo per la questione religiosa, solo dal lato del cattolicismo si mostrarono i principii di grandiose aspirazioni sociali; ma la Chiesa fu respinta dalla malaugurata lotta per la civiltà, *(Kulturkampf)* e rovesciandola e combattendola, invece che promuovendone l'opera, si credette di servire la causa della civiltà. Così l'empietà ebbe il sopravvento, tanto più che l'agitazione operaia si riversò esclusivamente nel porto della democrazia sociale, ove, invece di una sana opposizione che promuovesse il cammino della civiltà, si sviluppò un morboso contrasto con tutto l'odierno ordinamento sociale.

Gravemente noi abbiamo a soffrire per questi

Digitized by Google

piacimento al volume di versi pubblicato verso i venticinque anni; ha pure soggiunto che il poeta era un po' sopravvissuto nell'uomo, nel professore e nello storico; ha sinanche dichiarato che poesia ed arte continuano ad esercitare un grande fascino sul suo spirito; ma, da ultimo, ha finito per conchiudere: « per carità, però, sia detto in confidenza, perchè i colleghi giuristi non me la perdonerebbero tanto facilmente! ».

Lo stesso Kohler si è trovato, in Germania, di fronte alle censure dei giuristi severi o pedanti e di fronte alle critiche gelose dei letterati di professione. Ma egli ha proseguito, egualmente, nell'entusiasmo giocondo del « suo fatale andare », non curante e sdegnoso di pettegole volgarità.

Ha penetrato, con assiduo lavoro d'indagine e con ardente culto d'ammirazione, il poema dantesco ed ha cercato di rielaborarlo poeticamente in terza rima tedesca, per presentarlo in forma degna nella lingua del suo paese. Un suo studio, assai simpatico, è intitolato appunto: « Traduzione o imitazione poetica di Dante? » *(Dante-Uebersetzung oder Nachdichtung?)*.

Un lavoro analogo egli ha fatto per un altro nostro gran poeta: il Petrarca. E studii profondi ha dedicato all'opera di un altro grande: Shakespeare. Anzi delle figure colossali, scolpite in drammi immortali dal genio dello Shakespeare, egli si è valso per studii giuridici importantissimi, ai quali si devono due magnifici suoi volumi: l'uno dal titolo:

Digitized by Google

errori dei decennî scorsi. Ci mancò allora uno statista che avesse potuto scrutare con guardo geniale l'evoluzione interna, poichè questa non si può dominare colle armi di una virtuosa diplomazia.

Anche molti altri errori furono commessi. Nell'insegnamento si curò sempre più l'istruzione, mentre fu trascurata la vera educazione del carattere e della natura morale dell'uomo. Per molti riguardi fu come se invano fosse vissuto un Pestalozzi. Invece dell'educazione subentrò nelle scuole un morboso sviluppo dell'ambizione e un incremento del desiderio del male altrui, che si rese inevitabile per tutto un sistema di punire e per mezzi correttivi umilianti (1).

Un materialismo superficiale credè di poter mettere da banda il sentimento religioso esistente; colla miscredenza fu distrutta anche la fede, gli esercizii di religione furono coperti di derisione, e dilagò l'opinione che ha raggiunto il più alto grado nell'evoluzione dell'intelletto quegli che insegna il vuoto della miscredenza.

Ma anche contro l'alcoolismo (cfr. sopra p. 79) si seppe fare ben poco. È questo il maggior ne-

---

(1) Ai nostri tempi, verso il '50, il sabato era « giorno di paga ». Si radunavano le classi, e i colpevoli della settimana, con grande divertimento degli astanti, erano trattati a posteriori.

Digitized by Google

mico dell'umanità, è per il delitto il mezzo più potente di sviluppo, che senza dubbio non è proprio della civiltà, ma ha oppresso gli uomini anche in epoca di barbarie. Rispetto ad esso si son proprio tenute le braccia al sen conserte per decennî. Fu discussa la questione economica ma non si pensò alle bevande alcooliche. Si permise che le bettole sostenessero la lotta al vino e spingessero perciò l'uomo all'uso totale delle bevande alcooliche. Si sapeva che l'uomo, anche se celibe, deve vivere in società, ma nessuno si curò di provvedere con luoghi opportuni di trattenimenti, lo si cacciò quindi nelle bettole, sicchè invece dell'educazione sociale v'è il giuoco e l'ubbriachezza, e si cercò di coartare l'istinto dell'associazione, anzichè favorirlo il più che fosse possibile, con straordinarii ostacoli polizieschi alla loro esistenza, mentre la loro esistenza è uno dei freni più potenti dell'umanità, uno straordinario mezzo repressivo contro l'istinto malvagio dell'individuo, un semenzaio pel germe del sentimento della responsabilità. Si escluse la donna dalle occupazioni intellettuali; eppure in essa gli istinti criminosi sono assai minori che nell'uomo, e l'affluenza delle donne ai posti già tenuti da uomini è un rimedio naturale per levigare alcune asperità e per seppellire al-

Digitized by Google

cuni stimoli potenti. Per ciò che riguarda, infine, il male inevitabile della prostituzione, non si è fatto nulla per curarne i danni, chè anzi si cessò di localizzarla, sicchè essa si sparse da strada a strada ed impestò il mondo; ed a questo individualismo della prostituzione si è legato indissolubilmente una delle più fosche creature della nostra evoluzione odierna, il lenocinio, poichè senza lenone la prostituta quasi non può proprio esercitare il suo commercio. Ma il lenocinio è uno dei più grandi flagelli del nostro tempo, ed i lenoni sono una delle più turpi specie della canaglia fotofoba dei nostri giorni, una razza proprio da aggiungere al vagabondaggio, all'ozio, all'ubbriachezza e al delitto in qualsiasi forma. Qui non bastano singole azioni: la condanna di più lenoni è socialmente irrilevante: si deve estirpare il male dalle radici. Con tutte queste circostanze ci fa meraviglia l'incremento della delinquenza; l'evoluzione della civiltà in rapporto ai pericolosi errori del nostro passato ne danno una spiegazione soddisfacente.

Digitized by Google

5. Tipi di delinquenti.

§ 26.

Il delitto è un'attività antisociale dell'anima umana, che mostra la sua essenza individuale proprio nella peculiarità del singolo individuo; ma d'altra parte si possono ritrovare certi tipi che si possono raggruppare in diverse maniere secondo i criterî scientifici e i metodi d'osservazione, poichè il modo d'essere del singolo presenta sempre somiglianze (nel suo modo di vivere, nei suoi fini, e nell'estrinsecazione della sua vita sentimentale e volitiva). Io stimo più importante quella classe di delinquenti che hanno un fondo sociale, ossia che hanno un sentimento per la collettività e i suoi bisogni, o, con altre parole, una coscienza delle esigenze alle quali essi si fanno superiori, nel caso specifico, in forza di vive e penetranti aspirazioni, nelle quali essi sono tanto attuffati che ne è vinta la voce della coscienza, e, malgrado la loro natura sociale, riescono a un operare antisociale. A suo tempo ho designato tali criminali come delinquenti passionali, intesa la passione naturalmente nel senso di una aspirazione predominante del sen-

Digitized by Google

timento la quale fa sviare la volontà dal sentiero che per la natura sociale dell'uomo è tracciato dalla coscienza. Invece ho loro contrapposto quei delinquenti cui manca il senso morale, che, del tutto incoscienti, non sentono le emozioni di natura sociale. Si è detto ciò moral insanity, espressione non veramente precisa, perchè vale insania della mente, mentre qui non v'è in realtà alcuna lesione psichica, ma senza dubbio v'è assenza del senso sociale, mancanza certo di una normale conformazione dell'anima, ma mancanza che turba l'attività logica dell'intelletto tanto poco quanto l'efficacia normale dei sentimenti già esistenti. Anche l'espressione: imbecilli morali non è precisa, trattandosi anzi di nature fortemente dotate, mentre l'espressione qui pare che importi che principalmente sia debole l'intelligenza, e che l'imperfezione morale abbia radice in uno sviluppo deficiente delle forze intellettuali.

Io ritengo esattissima l'espressione: delinquenti perversi, e ne vedo la precisione proprio nel difettare il loro essere di natura sociale nella completa centralità egoistica (Egocentrisch) di tutto il loro modo di pensare e di sentire.

In altra occasione definii come una specie di criminale anche il delinquente politico. Ma egli è

Digitized by Google

al di dentro e non al di fuori di questi due gruppi. Il delinquente politico può essere, ed ordinariamente è, un delinquente passionale, essendovi qui una passione altruistica, non egoistica, e superando il mirare a quello scopo ogni altra aspirazione. D'altronde non è neanche esclusa la perversità, essendo questa conciliabile con un alto grado di altruismo, quando le idealità altruistiche, invadendo tutto l'agente, sottentrano alle aspirazioni egoistiche.

§ 27.

Su questi tipi di criminali ho scritto occupandomi di Shakspeare, e ho dimostrato come quel conoscitore del cuore umano abbia anche qui fatto luce sugli abissi dell'anima (1). Prima che ci ritorni su, io mi voglio difendere da alcuni grossolani malintesi. I quali si fondano su ciò, che le figure eroiche di Shakspeare non si potrebbero classificare in tipi di criminali, perchè si troverebbero al di là del bene e del male, il che non farebbe nemmeno sorgere il giudizio sotto il riguardo del diritto penale. Niente è più falso di questo. Sì che uno può emerger tanto sugli altri, per quanto delinquente, ed

---

(1) *Tipi di criminali nei drammi di Shakspeare* (Berlino).

Digitized by Google

avere una tale posizione eminente che l'empietà ceda innanzi al suo essere sovrumano (Uebermenschlichkeit). Nessuno, da Nietzsche in poi, vorrà contestare che nella storia non si tiene conto del valore morale di un uomo, ma della sua influenza sullo svolgimento della civiltà e di come abbia fatto progredire l'umanità. In tanto il superuomo è al di là del bene e del male, in quanto lo si debba considerare dal punto di vista della storia; ma anche il delitto del superuomo ha le sue radici nel suo popolo, nel suo tempo e nel suo ambiente e, sopratutto, nella sua natura di uomo. Se il poeta ne fa un suo personaggio egli deve prima riconoscere queste basi della personalità, e a stregua di essa formarne il carattere morale. Se il poeta volesse darcene una rappresentazione in contraddizione colla natura umana, o volesse descriverci chi appartiene a un dato popolo diversamente da ciò che costui dev'esser in forza della psicologia etnologica, egli non ci darebbe un vero elemento umano o etnologico, poichè la sua creatura starebbe tutta nelle nuvole, per mancarle ciò che caratterizza il vero drammaturgo, ossia la realtà. E quindi anche il superuomo delinquente deve esser presentato come delinquente, ed il vero drammaturgo presenterà innanzi tutto questa

Digitized by Google

natura criminosa proprio come natura criminosa. Solo in questo caso egli può elevarsi dal tipo comune sino a formare una creatura sovrana sotto forma di eroe tragico: chi vuol presentarci un eroe carico di delitti deve anzitutto trattarlo da delinquente e a stregua dei contrasti della psiche criminale. La qual cosa è tanto evidente da non richiedere un'ulteriore dimostrazione.

§ 28.

Fra i tipi di criminali ve n'è uno che in Shakspeare è meno frequente: è la schiera di quelli che, separati dal consorzio umano, non esplicano alcuna attività salutare, ma si dedicano esclusivamente al delitto. Sono i delinquenti puri, coloro cioè nei quali il delitto non sorge accanto all'attività normale, ma plasma la forma dell'attività, esclusivamente o, almeno, prevalentemente.

Un tale delinquente è esistito in ogni tempo, non appena si è verificato che alcuni uomini fossero banditi dalla società. Ciò è connesso al modo del bando nei tempi antichi, all'esclusione dalla pace (Friedlosigkeit) per cui l'individuo doveva esser scacciato del tutto dalla società, e, anche secondo la terminologia del diritto scandi-

Digitized by Google

navo, diventava « uccello di bosco » (Waldgänger). Naturalmente un tal uomo dovea pur vivere; e, poichè gli si interdiceva ogni contatto colla società, dovea procurarsi il sostentamento con mezzi iniqui. Così prosperò il brigantaggio e le altre cose che ne seguono; così sorsero i grassatori, e in Sicilia la maffia, e a Napoli la camorra, o, come dice la Carolina, la masnada (Rotte) di coloro che erano stati così scacciati. Tali delinquenti veri si trovano anche da noi, e non più alla macchia ma nei nascondigli delle nostre grandi città. È l'industria dei nottambuli del delitto che tramano le loro fila nei luoghi remoti intorno alle città, o nelle bettole, la quale così estorce alla società i mezzi della sua vita; sono essi quei cavalieri d'industria che si suddividono sapientemente il lavoro e raggiungono una incomparabile eccellenza in un ramo speciale del delitto, e sanno particolarmente frustare le indagini della questura non ostante la loro enorme audacia e la loro spudorata sfacciataggine: sono essi quei cavalieri d'industria che passeggiano i regni da levante a ponente e soprattutto commettono le frodi più colossali da gentiluomini irreprensibili; sono essi i vagabondi e i piccoli ladri che col pretesto di mendicare esplorano le tasche altrui o svaligiano le case, che ad

Digitized by Google

ora ad ora appaiono e si dileguano; sono essi gli accoltellatori che ammazzano, saccheggiano, feriscono (1).

---

(1) Una specie caratteristica offrono le bande di prepotenti che si trovano tanto nel medio evo (associazioni di mendicanti che vogliono per forza l'elemosina) quanto nella buona e imperial città di Vienna. V'è là la speciale forma di delinquenza dei « Platten » dei quali recentemente ci parla Herz nella *Riv. di Aschaffenburg,* III, 594. Riportiamo quanto segue da una relazione comunicata dalla direzione della Questura di Vienna:

« I singoli Platten compaiono di tanto in tanto nei ritrovi più frequentati. Ogni proprietario di bettole o di osterie sa che questa visita non gli porta niente di buono, ma sa anche che contro il prepotente non v'è da riuscire a nulla colla forza, chè altrimenti è inevitabile un finimondo il quale avrebbe per sola conseguenza che i clienti spettatori di esso immediatamente abbandonerebbero il locale nè più vi ritornerebbero, sicchè l'esercente verrebbe a perdere la clientela e sarebbe rovinato. È quindi costretto, per passarsela in pace, a farsi amico il soverchiatore o regalandogli qualche moneta o dandogli da mangiare e da bere gratuitamente, poichè anche un eventuale preavviso alla polizia, che poi non potrebbe impedire anche una seconda, e forse anche ulteriori visite dei Platten, non raggiungerebbe lo scopo, poichè ci sarebbe una grave ribellione e lo scandalo non potrebbe essere maggiore.

« Se poi il padrone si rifiuta di farsi estorcere danaro o il « Pülchern » essi cacciano in ballo il « torneo » (Wirbeln) ch'è l'arma più terribile di cui si possano servire.

« Ossia i Platten danno a vedere di bisticciarsi fra loro e gettano per aria bicchieri, bottiglie, tazze, e bastonano camerieri ed avventori, distruggono la mobilia, e normalmente scompaiono prima che le guardie di P. S. accorrano, richiamate dal fracasso. Sicchè l'oste ci rimette il danno della mobilia manomessa e perde gli avventori ».

Digitized by Google

« Shakespeare dinanzi al foro della giurisprudenza » *(Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz)*; e l'altro dal titolo: « Tipi di delinquenti nei drammi dello Shakespeare » *(Verbrechertypen in Shakespeares Dramen)*.

Intorno, però, a questi più ampii lavori letterarii, d'indole talvolta giuridica, quanti altri scritti di letteratura, di arte e di storia! Dante, Petrarca, Shakespeare, Goethe, Wagner sono fonte continua di entusiasmi e di scritti per lui. Ricordo, per esempio, i recenti suoi articoli sui viaggi di Dante e l'antico suo studio su « Dante e l'attualità » *(Dante und die Gegenwart)*. Notevole, del pari, è lo scritto « Sulla caratteristica del Goethe » *(Zur Charakteristik Goethes)*. E importanti sono altri suoi lavori di estetica, di cui basta qui accennare soltanto i titoli: « Rinascenza del senso del colore », « Mutabilità del gusto artistico », « L'allegoria nell'arte », « L'avvenire della musica », « Le fiabe e l'anima infantile », « La moralità e la immoralità nell'arte » ed altri moltissimi scritti di questo genere.

***

Strettamente connessi a questi studii d'indole artistica e letteraria sono i suoi magistrali lavori sul diritto d'autore, che in un trentennio hanno dato il più ampio sviluppo di progresso scientifico alla teoria della protezione giuridica degli autori di opere dell'ingegno. Egli parte dalla giustissima idea enun-

Digitized by Google

La differenza fra delinquente puro e d'occasione non si confonde con quella fra delinquenti di professione e occasionali, poichè molti malfattori occasionali sono delinquenti di professione, come p. es. gli albergatori che ospitano i ladri e commettono furti in loro « nome » (cioè sulla loro preda). D'altra parte non di rado i delinquenti puri diventano occasionali, scegliendo essi nel campo della loro attività se debbano commettere un'aggressione o uno stupro.

Neanche la distinzione coincide con quella di delinquenti passionali e perversi. Senza dubbio i delinquenti puri apparterranno in massima parte alla seconda categoria, ma vi sono parecchi delinquenti misti, che debbono essere classificati fra coloro che delinquono proprio per brutale malvagità.

L'incoscienza (moral insanity) in generale non esenta dalla responsabilità, dato che manchino anomalie cerebrali e che lo stimolo non àbbia agito con tanta potenza, in un dato verso, da esser impossibile alla volontà libera l'operare e lo scegliere anzi l'una cosa che l'altra; solo però è ammissibile una diminuzione della punibilità se la mancanza del senso morale, nel singolo caso, turba la mente e fa sembrar lecito ciò che è illecito e che illecito pare ad ogni uomo

Digitized by Google

normale. Vi sono nella vita certe difficili congiunture in cui il pensiero arriva a mala pena al retto giudicare della liceità o meno di un'azione, sicchè ci debba giungere a proposito un certo senso interno (quest'incognita del sentimento) colle sue tenue fila. Gli è come quando anche il contrappuntista più consumato deve chiamar in aiuto l'orecchio per sentire se una dissonanza è musicalmente possibile o no. Se in tal caso manca la prova dell'intelletto, si stimerà l'errore scusabile se difetta l'aiuto dell'interno sentimento. Questo, per esempio, può venire in considerazione trattandosi di un omicidio col consenso della vittima, nel qual caso è passabilmente giustificabile l'impunità se l'agente, difettando di senso morale, fu guidato dalla sua intelligenza a credere coperto l'omicidio da quel consenso; il che è tanto più comprensibile in quanto non manca nella dottrina chi in tal caso vorrebbe lasciare impunito il fatto. Anch'io in un'intervista pubblicata sui giornali mi sono pronunziato per l'irresponsabilità, in caso simile.

All'infuori di questo l'agente è responsabile. Nessuno vorrà considerare irresponsabile Cesare Borgia o Edmondo del Re Lear, e nessuno dichiarerebbe esente da pena l'azione commessa

Digitized by Google

da Napoleone contro il duca d'Enghien, prescindendo dalla condizione di sovranità dell'agente, pur essendo assodato che il Corso sentiva appena l'alito del senso morale e la coscienza aveva deficiente. Ma questa mancanza non è in sè una circostanza attenuante; un uomo tale non può vivere in quei rapporti della vita che gli hanno impedito, principalmente per tale suo minor valore etico, di far valere il freno della morale, per esser egli vissuto senza educazione ed in un cattivo ambiente; ma se egli visse nei rapporti normali, cosicchè gli si mostrò luminosamente il divieto del dovere e la sua influenza sull'umanità, era fatto suo perfezionarsi sino a retrocedere innanzi a tutto ciò che è immorale e a formarsi artificialmente una specie di secondo abito morale; proprio come chi può danneggiare altri con movimenti senza garbo deve abituarsi ad operare con assennatezza e precauzione, e come chi ha il passo mal fermo deve camminare accortamente, o chi è sensuale deve domare la sua sensualità.

L'unica obbiezione sarebbe questa; come mai deve sentire in sè la forza di aprir la mente al divieto del dovere chi è moralmente incosciente? Ma, si noti, la conoscenza del divieto morale è cosa della mente, ed anche chi è prov-

Digitized by Google

visto di senso morale ha qualche lacuna, ove la morale della sua coscienza tace; eppure egli deve tener conto della voce del dovere poichè sa ch'è membro del consorzio umano, il quale può esistere solo se e in quanto certe regole della vita sono osservate da tutti.

Digitized by Google

Digitized by Google

III.

Problemi della procedura penale.

1. Considerazioni generali (1).

§ 29.

Importa innanzi tutto non che compaiano solo nuove leggi, ma che vi sia tutto un nuovo sistema e una nuova tendenza nell'applicazione della legge, cioè nel modo complesso con cui è trattato il processo penale, perchè esso risponda alle sue elevatissime funzioni.

Il processo penale del diritto comune si è sviluppato nei processi italiani e dall'Italia è passato in Germania, e, specie per influenza della celebre e grandiosa legge di Carlo V, detta Carolina (1532), è divenuto indigeno in tutta la Germania; esso ha tanto dominato, per secoli, il diritto del mondo che ancor oggi non ne sono estirpate le idee fondamentali. Non più di 30 o

---

(1) Già comparso nel « Tag » del 23 agosto 1906.

Digitized by Google

40 anni fa, quando noi studiavamo la procedura penale, si diceva nei trattati che il vecchio processo doveva tramontare, perchè il nostro fosse illuminato dalla luce che manda l'Inghilterra. E noi proprio con questa idea intraprendemmo l'esercizio del diritto, ma vedemmo stupiti che i vecchi costumi vi spadroneggiavano come se nessuno avesse conosciuto il procedimento inglese.

La Carolina parte da questo principio: nessuno può esser condannato senza la concorde dichiarazione di due testimoni oculari o senza la sua confessione. Il primo caso è quasi raro: poichè qual malfattore non cerca le tenebre e i luoghi ove non ci sia altro che la vittima? Così rimase solo la confessione, e quindi fu cómpito principale del giudice strappare una confessione; poichè, per quanto si fosse convinti del fatto per indizi e per prove, non si poteva condannare ma si doveva avere una confessione. Di qui la tendenza a far cadere l'imputato in contraddizioni, a dimostrare inattendibili le dichiarazioni, a provarne le false conseguenze, e così a spingere gradatamente l'imputato colle spalle al muro, e a confessare a sottomettersi finalmente col fatto proprio alla pena di morte.

Naturalmente anche questo veniva più volte a mancare, e si rimediò con un altro istituto, che fu

Digitized by Google

trasportato dal diritto romano al diritto italiano: il temibile istituto della tortura. L'imputato della cui reità si era convinti veniva martirizzato fintantochè non confessava; e se non confessava era tanto storpiato e maltrattato che già aveva la sua pena, non ostante che sopravvivesse. Possiamo però ritenere che nella maggior parte dei casi di tortura i fatti stavano a tanto che noi avremmo condannato il prevenuto, cosicchè la tortura non è poi tanto assurda quanto si crede: e la Carolina avverte espressamente che se ne debba far uso soltanto se contro l'imputato vi siano gravi indizi.

Senza dubbio qualche cosa di singolare v'era in un processo ch'è la vergogna dell'umanità, nel procedimento contro le streghe, nel quale si riunivano miscredenza, crudeltà, foschi pregiudizi e tristo diletto, nel quale non v'era bisogno nemmeno d'indizi; poichè era prova sufficiente alla persecuzione qualunque cosa fuori dell'ordinario. Pure tutto quel sistema è oramai tramontato; esso si è mostrato nella sua crudeltà e nel suo assurdo, e l'umanità giacque esaurita, tormentata dal pregiudizio dei giuristi che era spinto tant'oltre che i più avveduti durarono fatica a diradarne dalla società lo spettro raccapricciante.

Digitized by Google

Ma la tortura restò sino alla fine del sec. XVIII, quando fu definitivamente seppellita dalla condanna assoluta d'illuminati regnanti, poichè i giuristi ed il popolo non erano del tutto in discordia con questo mezzo violento: molti credettero di esser prossimi al tramonto del diritto e all'apoteosi dei delinquenti, quando la tortura si fosse abolita. Fu abolita, ma sopravvisse per lungo tempo ancora il sistema di far cadere l'imputato nelle reti delle sue dichiarazioni; gli si tessero lacci dai quali non poteva svincolarsi; lo si spossò con lunghe indagini: gli si promise miglior trattamento, se confessasse il delitto; gli si diede un compagno destinato a far da spia, si origliò alle sue pareti, si cercò d'influire su di lui con esagerazioni e sùbite commozioni; non si ebbe vergogna di calpestare le cose più sante, pur di strappargli la confessione. Molti anni fa la mia casa fu piena di spavento per un feroce assassinio. Due ladri avevano ammazzato un commerciante, in prossimità di Renchbad Antogast, perchè la sua catena d'oro ne aveva eccitata la cupidigia. Poco tempo dopo venne la notizia che a Strassburgo era stato arrestato uno che possedeva il portafoglio col nome dell'ucciso. Era un indizio sufficiente per trovare le traccie ulteriori degli assassini: ma questo non

Digitized by Google

bastò: il giudice istruttore voleva una confessione. Cercò di qua e di là come influire sull'animo dell'imputato, e finalmente si ricordò che questi aveva una madre alla quale portava grande affetto, poichè ancora serbava parte dei migliori sentimenti umani. Qui si appigliò il giudice e ricorse a un mezzo di cui si era servito proficuamente ben altre volte: suonando la mezzanotte — e si sentiva assai bene nel carcere — ai delinquenti veniva di solito un sentimento di tenerezza. L'una cosa e l'altra mise egli in opera perchè scoppiasse la tempesta in quell'anima; in breve: prima di quell'ora si trovò nel carcere, parlò all'imputato della sua giovinezza, e di molte cose belle e buone, e quando s'udì lo squillo argentino della campana esclamò come col pianto nella voce: « Povera madre! ». Il disgraziato confessò, non potendo resistere più a lungo.

Io non credo che ancora oggi si abbiano a verificare tali coartazioni della personalità. In ogni caso qui si mostra all'evidenza tutto il sistema inquisitorio che non disdegna alcun mezzo che tocchi anche i sentimenti più santi dell'imputato, pur di sorprenderlo e strappargli una confessione.

Tutto questo sistema urta contro ogni diritto dell'uomo, poichè è primo principio, per chiun-

Digitized by Google

ciata in questo suo motto: « La vera via per la conoscenza del diritto d'autore è quella di giungervi a traverso la conoscenza dell'arte ».

I suoi trattati, le sue monografie e i suoi articoli in questa così attraente e pur così complessa materia, vanno dall'opera fondamentale « Il diritto d'autore » (*Das Autorrecht*, Jena), pubblicata nel 1880, alla elegantissima trattazione de « L'opera letteraria ed artistica e relativa protezione giuridica » (*Das literarische und artistiche Kunstwerk und sein Autorschutz*, Mannheim 1892), a « L'idea della proprietà intellettuale » *(Die Idee des geistigen Eigentums)*, alla difesa del concetto di diritto duplice *(Doppelrecht)*, ossia della concomitanza fra il diritto immateriale d'autore e il diritto della personalità dell'autore nella protezione giuridica dell'opera dell'ingegno, e infine al « Diritto d'autore sulle opere letterarie e musicali e diritto di edizione » *(Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht)* pubblicato nel 1907 e al « Diritto d'autore sulle opere d'arte » *(Kunstwerkrecht)*, pubblicato nel 1908.

Eguale sviluppo ha ricevuto nell'opera del Kohler la materia dei diritti di privativa dal 1877 al 1901, sia per diritto tedesco sia per diritto internazionale.

***

Sterminatamente vasta è l'attività del Kohler nel campo del diritto comparato e della giurisprudenza etnologica, dove i diritti dei popoli più diversi sono

Digitized by Google

que riconosca la personalità dell'uomo, che nessuno è tenuto ad accusare se stesso, e nessuno dev'essere adoperato, contro sua voglia, come testimone a carico proprio. Si è autorizzati a servirsi di ogni mezzo per giungere alla conoscenza della verità, in quanto questa stia nei limiti delle cose umane e di quel rispetto che è dovuto ad ogni volto umano, ma non si è autorizzati a trattar l'uomo come una cosa senza volontà, e a cavarne l'anima contro il suo volere.

Questo principio è la base luminosa del diritto inglese, e dall'Inghilterra venne la riforma del nostro processo penale. Ivi non ci fu mai una tortura nel senso nostro, o tutt'al più esistette, ma come abuso, non come mezzo legale, e si tormentò l'imputato solo quando questi desiderò di sottomettersi al jury, nel qual caso non si ebbe ritegno nemmeno di affamarlo; ma del resto non si fece uso di altri mezzi, e, come prima si condannò qualcuno in base alla dichiarazione giurata dei conterranei, in questo caso i giurati condannano in base ad indizi. Perciò in Inghilterra non si mira a prender nelle reti l'imputato, e a farne un testimone a carico, e se lo s'interroga, lo s'interroga perchè egli si difenda. Anche il nostro ordinamento del processo penale è dominato da questo principio poichè dispone il § 136:

Digitized by Google

« Nel principio del primo interrogatorio si deve dichiarare all'imputato di quale azione punibile gli è fatto carico. Gli si deve domandare se vuole opporre qualche cosa in sua difesa.

« L'interrogatorio deve offrire all'imputato l'opportunità di confutare gl'indizi militanti contro di lui e di far valere le circostanze a lui favorevoli.

« Nel primo interrogatorio dell'imputato deve anche aversi cura di constatarne le condizioni personali ».

Ma di questo non si tien conto per più riguardi, e non di rado il giudice istruttore o il presidente del tribunale si servono dell'interrogatorio per irretire l'imputato nelle sue dichiarazioni e portarlo « ad absurdum ». Gli si mette sott'occhio il numero delle sue contraddizioni; invece di raccomandargli che si difenda e scelga all'uopo i mezzi migliori, si mira sempre più a farlo cadere in contraddizione e menarlo così alla confessione. Invece è giusto dargli semplicemente l'opportunità di far dichiarazioni, se vuole, e di difendersi come vuole; e se le sue dichiarazioni non sembrano credibili, il giudice deve semplicemente abbandonarlo a se stesso, ma non è detto che debba indurlo a confessare a poco a poco con continue domande imbarazzanti o cap-

Digitized by Google

ziose, come se si trattasse d'un duello intellettuale, in cui debba soccombere l'uno dei due, o della speciale abilità di vincere l'imputato colle armi della dialettica!

Come il giudice della Carolina era convinto della colpa in base ad indizi, eppur voleva avere una confessione, avviene pur oggi che un giudice sale il tribunale colla ferma convinzione di avere innanzi a sè un colpevole che persiste nella negativa solo per cattiveria e ostinatezza. Senza dubbio ciò dipende in gran parte dal precedente periodo istruttorio, ed è per ciò che nel pubblico dibattimento si dichiara sospetto l'imputato in base all'istruttoria. Il che è un'arma a due tagli: poichè chi è in sospetto è già mezzo colpevole, e più d'un giudice, in base a ciò, apre la discussione col fermo convincimento che gli stia dinanzi un colpevole che per tutte le circostanze deve sottostare al rigore della giustizia. Questo è completamente contrario allo spirito del nostro processo. Prima del giudizio ognuno non è certo obbiettivamente un innocente, ma è uno che ha il diritto che lo si tratti soggettivamente come innocente finchè non abbia fine tale convinzione, per esser stata pronunziata la sentenza. Il primo cómpito d'una riforma del processo penale sarà l'abolizione di tutto il periodo istruttorio e della

Digitized by Google

sentenza che apre il pubblico dibattimento; poichè solo allora potrà esser trasformata la nostra procedura.

È uno dei più gravi errori del nostro procedimento lo stato d'impotenza in cui si mette l'imputato durante l'istruttoria. Il più necessario sarebbe che, se non lui stesso, il suo difensore ne seguisse tutti i passi; se egli è in pericolo, gli deve esser concessa l'incondizionata comunicazione col suo difensore, per provvedere alla sua discolpa: poichè se lo si incalza con tutti i mezzi, gli si deve lasciare la possibilità di adoperarsi efficacemente a metter le cose a posto nel suo interesse e ad evitare che risultino cose a lui sfavorevoli: si tratta della libertà, dell'onore e della vita! Si dice d'altra parte che il giudice e il pubblico ministero sono tenuti a rilevare anche le circostanze militanti in suo favore; ma anche colla maggiore buona volontà nessuno dei due potrà bene adempiere nello stesso tempo a questi diversi doveri, ed il pensiero di avere innanzi un malfattore che si debba perseguitare sino nei suoi più remoti nascondigli, si fissa spesso loro nel cervello, involontariamente, così da rendersi incondizionatamente necessaria un'attività difensionale che metta le cose a posto. Tanto già sapevano i nostri antichi, e nella molto bia-

Digitized by Google

simata Carolina, dei tempi di Carlo V, si trovano un art. 14 e un art. 73 ov'è detto espressamente che al detenuto debba concedersi la comunicazione coll'esterno, specialmente coi patrocinanti. Proprio qua noi siamo in un regresso notevole. Nel nostro Ordinamento della procedura penale, § 147, si trova la disposizione che al difensore, prima della chiusura della istruzione, non si deve permettere di prender visione degli atti se non in quanto ciò « possa farsi senza pericolo per lo scopo dell'indagine » ossia a libito del giudice istruttore, e cosi avviene che un imputato possa esser detenuto per settimane e mesi, o anche per un anno senza che il difensore si possa utilmente preoccupare dei casi suoi. Perciò la Carolina era più innanzi di circa quattro secoli. Perciò gli si doveva concedere di comunicare liberamente col suo difensore; ora invece durante l'istruttoria il giudice istruttore può troncare la corrispondenza col detenuto, se prima non si sottopongono le lettere al suo esame; e, di più, non è loro concesso nemmeno una volta un libero abboccamento, ma può esser disposto che la conversazione avvenga in presenza di persona del tribunale. Però quest'ultima norma si applica nel solo caso che la detenzione abbia luogo anche pel cosiddetto so-

Digitized by Google

spetto di collusione. Così il § 148 dell'Ordin. della proc. pen. Come deve allora l'imputato pensare alla difesa? Eppure questa premura è di capitale importanza proprio nel principio, prima che tutto sia distrutto e si perdano le tracce del pro e del contro! È giusto che si metta un uomo in prigione, si faccia uso contro di lui di tutti i mezzi inquisitori, e gli si tolga anche la possibilità di provvedere alla sua difesa? Che avverrà s'egli vuol provare lo stato di necessità, o se vuol dimostrare che la frode addebitatagli non ha danneggiato il terzo, o che v'è un fatale errore di persona? Osservando i due paragrafi subito si rileva che una tale coartazione della difesa non è proprio una disposizione incondizionata, ma è rimessa invece all'arbitrio del magistrato. Ora si doveva giungere ai giorni nostri tant'oltre nel regresso da farsi uso di mezzi difensivi di vecchia data solo quando ciò fosse necessario, specie se vi fossero gravi motivi di sospetto verso la difesa. Per vero, i nostri avvocati non sono tali che da essi debba temersi che i difensori favoriscano i delinquenti con aiuti segreti e li sottraggano alla loro pena! I nostri avvocati hanno certo il sentimento dell'onore come la magistratura inquirente e la giudicante; e infine, per ciò che riguarda la disposizione che l'imputato non

Digitized by Google

possa conferire col difensore se non in presenza d'un impiegato, essa è scritta espressamente solo pel caso che la detenzione si abbia anche per sospetto di collusione.

L'arresto per collusione è certo un istituto di molto dubbia bontà: si vuole render impossibile all'imputato, colla detenzione, di far scomparire le tracce del delitto, e di spingere i testimoni allo spergiuro. Se tale detenzione può giustificarsi, normalmente la cosa deve arrestarsi a questo punto, ma in ogni modo il giudice istruttore ha mezzi sufficienti di svolgere il più brevemente possibile le cose in modo tale che l'imputato non possa più distruggere efficacemente i risultati dell'istruzione. La cosa deve farsi in una o due settimane, benchè l'istruzione continui. Sono poi generalmente gl'imputati persone da poter guidare i terzi allo spergiuro? Sono poi i testi semplicioni che si fanno trascinare senz'altro al falso giuramento? È mio convincimento che non risponde al senso del § 148 l'impedire così per sei o sette mesi all'imputato la comunicazione col difensore.

È bene necessario che l'Ordinamento di procedura penale sia cambiato. Ma è una grande necessità che esso sia interpretato secondo lo spirito dei nuovi tempi e che ad ogni giovane

Digitized by Google

che s'inizia nello studio del diritto si pongano in mente i due principii: nessuno è tenuto ad accusare se stesso e la difesa è santa come l'accusa e l'istruzione. Se di questo si tien conto, si può anche conservare per qualche tempo il nostro ordinamento attuale, chè se no nemmeno un nuovo ordinamento ci darà quanto da esso si aspetta.

2. Critica delle prove e psicologia.

§ 30.

La psicologia viene molto a proposito nella valutazione delle deposizioni della parte e anche dei testimoni, ma per questi ultimi specialmente. È stata completamente esclusa l'ingenua teoria della certezza infallibile della nostra osservazione e dei nostri ricordi. Oramai è noto che ogni osservazione è influenzata da innumerevoli elementi subbiettivi, che noi involontariamente aggiungiamo nuove cose alle impressioni che ci si fanno innanzi, che secondo la nostra determinazione l'una o l'altra parte di esse ci soggioga tanto da formarsene per ciò in noi un'immagine falsa ed errata, specie per ciò che riguarda la lontananza, la successione degli avvenimenti, la determinazione locale, le tinte e la dinamica del

Digitized by Google

tono. Sotto tutti questi riguardi l'immagine che noi abitualmente riceviamo è imprecisa e con tinte personali, e chiunque faccia profonde ricerche sa quanto si deve frenare per mantenersi nella maggiore armonia possibile coi fatti.

Questa imprecisione sta in gran parte nell'incompletezza. Le recenti ricerche della psicologia hanno dimostrato che nessuno ha la percezione di un fatto nella totalità dei suoi elementi, ma l'uno ne ha un'impressione, l'altro un'altra, il che dipende molto dalla consonanza e innanzi tutto dall'interesse che si porta nella cosa; e così avviene che un elemento per uno è quasi irrilevante, e ad un altro si fissa saldamente nella coscienza. Ma questa incompletezza sta in contraddizione col bisogno umano di avere un'immagine completa, un tutto della fantasia, e perciò involontariamente si aggiunge una cosa e un'altra di guisa che l'immagine percepita è storpiata e, restando fissa nella mente in questa falsa posizione, forma il contenuto della testimonianza.

Se ciò è vero per i testimoni, lo è ancor più per la dichiarazione giurata della parte, specie se il giudice incalza perchè la deposizione sia completa; ciò è sempre molto pericoloso: il teste o l'imputato sarà soggiogato da quella necessità, e

Digitized by Google

completerà involontariamente — specie se minacciato — il racconto in guisa che tutta la deposizione si presenti come una falsità giurata.

Anche viene in considerazione l'automaticità dell'agire. Molte cose avvengono in noi solo per riflesso, per vecchia abitudine, e noi non graviamo il patrimonio delle nostre percezioni di tutti i nostri mille atti, ma ne compiamo una buona metà agendo inconsapevolmente, sicchè appena un tratto o un altro entri al di qua dei confini della coscienza. Il peggio si è che, per quanto operassimo mille volte inconsapevolmente, pure qualche volta recediamo anche inconsapevolmente dall'azione, per una determinazione fulminea, o per un rapido cambiamento delle sensazioni, o per un tumulto subitaneo dei pensieri. Se quindi siamo interrogati su queste cose, molto spesso rispondiamo, in buona fede, che un fatto è avvenuto in una maniera o in un'altra, e da questo dipende alla fine che la deposizione sia erronea; per es.: se io debbo giurare se ho chiusa la casa, o se sono stato in piedi o seduto nell'ascensore, o se ho preso posto nel vagone per fumatori o dove non si può fumare. Il caso dunque può menare a questo, che circostanze a noi perfettamente indifferenti acquistino sì grande importanza che se ne possano trarre delle conseguenze:

Digitized by Google

stati da lui esaminàti e posti a riscontro dei sistemi giuridici accolti nei paesi europei.

Tutta una biblioteca di legislazione comparata può dirsi instaurata per la sola energia del Kohler, ricercatore instancabile e scrittore infaticabile.

***

Anche nel campo del diritto civile e della procedura civile l'opera del Kohler è della massima importanza.

A parte le molte monografie speciali, in questi due campi, sono notevolissimi il « Trattato di diritto civile » *(Lehrbuch des Civilrecht)*, lo studio sul « Diritto al nome » *(Das Namenrecht als Individualrecht)*, lo studio su « L'ideale nel diritto » *(Die Ideal im Recht)*, che ricorda l'analogo studio dello Ihering su « Lo scopo nel diritto » *(Der Zweck im Recht)*, lo scritto riguardante « La propria immagine nel diritto » *(Die Eigenbilde im Recht)* ed altri ancora.

Un ritorno ampio e comprensivo ai diritti d'autore e d'inventore, si ha nel suo sesto volume del « diritto civile » del Dernburg, pubblicato nel 1908.

Molti importantissimi studii di procedura civile sono raccolti nei suoi « Contributi riuniti pel processo civile » *(Gesammelte Beiträge zum Civilprozesse)*, pubblicati a Berlino nel 1894, e nelle « Questioni di diritto processuale civile » *(Civilprozessualische Rechtsaufgaben)*, pubblicate nel 1899. Sono, inoltre, lavori classici, in questa materia, le sue

Digitized by Google

se questa cosa è avvenuta in questo o quel modo, è possibile o no questa cosa o quell'altra. Proprio questa rilevante contraddizione tra l'importanza reale della circostanza e l'automatismo irrilevante sotto cui la cosa si profilava è stata spesso fatale ed è stata alle volte causa di mille errori.

Ma anche se vi fu proprio la sensazione, essa non rimane immutata nella nostra psiche. Anche quel che rimane celato dentro di noi assume grande importanza per la nostra vita psichica, e, se n'esce fuori dopo qualche tempo, molto sovente appare cambiato e deformato, specie perchè una parte delle memorie si confonde, un'altra ne resta immutata e la nostra mente, senza volerlo, colma i vuoti fatti dall'oblio: questo accade inconsapevolmente, ossia per l'ondeggiamento della nostra conoscenza, sicchè noi teniamo per fermo di togliere dalla memoria colla massima esattezza ciò che vi s'impresse all'epoca dell'osservazione. Specie le cose che c'interessano molto si trasformano dentro di noi, ed ogni volta che ne richiamiamo l'immagine vengono fuori alcune cose, ma altre recedono, e così si ha in fondo un'immagine soggettiva, ma non la reale.

Sono anche influentissimi su tutti questi cambiamenti i bisogni della nostra fantasia. L'uomo

Digitized by Google

provvisto di fantasia ha l'incalzante desiderio di vedere nel suo interno immagini salde e ben formate. Non vuol niente di dimezzato e di nebuloso, vuol vedere tutto limpido e chiaro, perciò l'attività delle nature fantastiche mena a questo, che le immagini della memoria sono cambiate e smosse. Gli è come se io avessi disegnato a memoria qualche cosa; se ho disegnato, l'immagine della natura cederà sempre più innanzi al disegno tracciato, e così deve alla fine prevalere questa immagine della fantasia.

V'è anche l'influenza del sogno sulla rappresentazione di chi poi è desto. Spesso le cose sognate si fissano in noi con tanta forza che noi crediamo reale quello che sognammo. In molti casi proprio non possiamo distinguere la realtà dal sogno, e questo avrà tanta maggior conseguenza quanto più il sogno dipende da immagini reali, sicchè quanto in esso vedemmo e quanto fu realmente non sia nettamente separato pel contenuto, o possa appena distinguersi.

Un altro elemento perturbatore è la suggestione, e propriamente l'autosuggestione, come quella che più o meno sopraffà e sostituisce in noi a ciò che in realtà è stato quel che noi desideriamo. Noi così crediamo reale non quello che è reale, ma quello che volentieri vorremmo aver

Digitized by Google

visto. Ancor più potente è la suggestione per mezzo di altri. L'influenza che in mille modi si ha sulle convinzioni e sul modo di parlare e di operare degli altri è connessa all'istinto della imitazione: tutto ciò influirà essenzialmente sulla nostra memoria, poichè l'istinto dell'imitazione non si estende solo al fare ma anche al credere, e involontariamente viene a falsificare le nostre rappresentazioni. Perciò è spesso pericoloso parlare di un avvenimento con altri; così facilmente sarà maggiore la suggestione, e ciò che altri credono e sostengono passerà nella mente del testimone e tale riflesso turberà l'immagine immagazzinatavisi. Così in particolare si è sostenuto, a buon diritto, che se la stampa s'impossessa di un processo scandaloso, di una « cause célèbre », la lettura dei giornali può esser gravemente pericolosa pei testimoni.

Così, se osserviamo i protocolli dei tempi in cui si perseguitavano le streghe, non si può pensare ad altro che alla enorme suggestione esercitata dalla demonologia di allora sulle migliaia di perseguitati e anche sui testimoni. È del tutto antipsicologico ed antistorico credere che tutte quelle deposizioni fossero ricavate colla tortura. Non solo esse sono di testi che non potevano temere di essere messi alla tortura, ma sono così

Digitized by Google

armoniche e mostrano tanto mirabilmente le particolarità che non è altro possibile se non che, sotto la potenza enorme dell'opinione comune, ci si credeva da tutti.

Non è poi necessario dimostrare in modo particolare che si hanno illusioni e allucinazioni nelle anime commosse o in condizioni esaltate e che credono reale quel che realmente hanno percepito.

Per questo il giudice ha un cómpito delicato e pieno di responsabilità nel raccogliere le deposizioni dei testimoni e dell'imputato. Egli non adempie completamente il suo dovere se mette a verbale semplicemente quanto il teste ha deposto con giuramento, e crede ciò vero senz'altro. Egli deve vagliare esattamente se esistono tali cause perturbatrici, o se parlano nel senso della colpabilità tante altre cose, che, anche non tenuto conto di quelle, si possa ritenere il fatto come provato. Così egli deve imparare a scoprire le contraddizioni, ma non v'è nulla di più iniquo che attribuirle senza eccezione a mala fede o ad illusioni non involontarie. È poi del tutto ingiusto che il giudice penale, non tenendo presente il principio della non infallibilità dell'uomo, abbia l'idea fissa che le dichiarazioni di uno o due testimoni debbano tenersi per mo-

Digitized by Google

neta contante, mentre ogni dichiarazione dell'imputato e ogni attività defensionale debba senz'altro considerarsi sospetta o anche inattendibile.

Uno dei primi cómpiti del nostro diritto è quello di sfruttare la psicologia bene vagliando le osservazioni umane e le manifestazioni della memoria.

Quanti errori e quante colpe si sono commesse sotto questo riguardo! Spesso si condannò in base a testimonianze false, e spesso si trattò da testimoni falsi gente che raccontava in buona fede.

Ma è anche più grave il fatto che si condanna come spergiuro chi fu solo negligente e si mette in carcere un uomo che fece in buona fede la sua deposizione, perchè si ritiene ch'egli avrebbe potuto essere nel vero scrutando pazientemente nella sua memoria. Così si costringe la parte o il testimone a una ginnastica mnemonica che non è richiesta dalla verità; poichè proprio da questo abuso del cervello derivano tutti quegli errori d'integrazione; chi fa la sua deposizione proprio per questo sforzo costante, è sviato, per dirla con precisione, dalla spontaneità dell'esercizio della psiche umana, e l'artificiale porta all'errore, e questo all'iniquità. Non si deve aver nella memoria più fiducia ch'essa non meriti; se

Digitized by Google

si tormenta una macchina essa darà una cattiva produzione.

Tutta la teoria dello spergiuro per negligenza si fonda psicologicamente sulle rappresentazioni erronee; essa si fonda sull'erroneo principio che il nostro cervello è come un ricevitore fotografico di fenomeni percettivi, per cui si tratterebbe solo di sviluppare le fotografie e di evitare i ritocchi. Questo è del tutto falso.

3. La giuria.

§ 31.

Un problema processuale d'importanza fondamentale pei nostri tempi è quello se si debbano o no mantenere i giurati. Vi sono state opinioni per la negativa e la Commissione per la procedura penale li vuole abolire e sostituir loro una specie di scabinato la cui costituzione però sta nelle nuvole e non è per nulla pratica.

La questione sta in ciò: è vantaggioso allo sviluppo del diritto che vi prenda parte l'elemento profano non solo come decorazione, ma come attività normale? A mio parere basta proporsi bene la questione per risolverla affermativamente. Soprattutto, dovunque è stato chiamato l'elemento profano, in fatto di esperienza della

Digitized by Google

vita e di giusta valutazione dei suoi elementi, come p. es. in cause commerciali, industriali, ecc., esso si è mostrato assai benefico, specie in materia penale, che richiede, molto più delle questioni di diritto civile, l'esperienza della vita e la psicologia pratica degli uomini! Come la critica delle prove e degli indizî, così anche la valutazione della colpa interna e delle circostanze esteriori in cui si è commesso il reato col suo contenuto antisociale, presuppone innanzi tutto un affiatamento col popolo, un immedesimarsi del suo modo di pensare, e una conoscenza di quegli elementi di ogni determinazione psicologica immanente alle diverse classi sociali, nelle loro azioni ed omissioni. E tutto ciò che riguarda danni materiali e morali causati dal delitto, spavento, costernazione, paura, esempio micidiale, è giudicato ottimamente da coloro che vivono nel popolo e perciò sanno com'esso pensa e sente.

Senza dubbio le nature che si macchiano del delitto spesso, come nature criminose, stanno al di fuori della cerchia del consorzio sociale e demograficamente costituiscono una classe negativa; però, se da un lato i misfatti da giudicare sono commessi solo in parte da questa classe depravata, in gran parte si commettono da persone che hanno occupazioni laboriose e solo par-

Digitized by Google

zialmente mescolano veleno antisociale alla loro utile opera; ora, anche per ciò che riguarda la psiche criminale, l'uomo del popolo può giudicare assai meglio, poichè queste degenerazioni spesso sono conseguenze di attività negative, derivanti da piaghe sociali, delle quali il profano ha assai maggior conoscenza che non l'uomo dedicatosi alla scienza, sia pure alla scienza pratica.

V'è ancora da notare un'altra cosa. La grande consuetudine degli elementi che han da fare col diritto penale produce involontariamente una certa preoccupazione. Chi ha che fare con faccende poco pulite troverà sempre cose irregolari e non di rado perderà il senso delle diverse gradazioni che intercedono tra il vero positivo e il vero negativo dell'attività umana. La condotta dei delinquenti ha tratti tanto simili che, ogni qualvolta vi siano certe analogie, vien quasi la voglia di subodorare sempre un'attività criminosa e un'anima di degenerato e non di pensare che molto spesso l'apparenza inganna, e che l'occhio usato costantemente a lavorare al buio si deve poi abituare alla luce del sole se vuol render giustizia ai fenomeni della vita. Contro questa unilateralità dell'attività giurisdizionale non intermittente il miglior rimedio è l'appello all'elemento profano che vede sempre insieme e il bianco e il

Digitized by Google

nero e deve riconoscere da se stesso come solo raramente v'è il male assoluto, e come le personalità criminose son costituite soprattutto da un misto di bene e di male. Quante traccie di umanità, quale cumulo di buoni germi non v'è spesso nell'anima dei delinquenti! Eppure ciò sempre più sfugge al giurista tecnico.

Anche per un altro verso io debbo ritener buono l'intervento dei profani, in quanto cioè esso è un antitodo contro quei mezzi inquisitori di cui ho parlato innanzi (pag. 116 e seg.). Essi ai profani non sapranno così bene come sanno ai giuristi, e in ispecie troverà un terreno assai più fertile la difesa, il miglior argine a tutto questo torrente inquisitorio.

Tutto quanto si è detto contro l'istituzione dei giurati, specie in riguardo a verdetti madornali, dimostra soltanto la fragilità umana nel caso singolo, ma da questo punto di vista anche i magistrati possono bene battersi il petto.

Una grave obiezione contro la giuria deve senz'altro trarsi da ciò che s'è detto (pag. 125) sulla psicologia della deposizione. Si può obbiettare: se appena il magistrato può riuscire a cogliere il lato fallace dei dati percettivi e mnemonici, come non dovranno sbagliarsi in questo riguardo i giurati ogni qualvolta i magistrati non sormon-

Digitized by Google

tano tali ostacoli? Ma ci si può confortare, da questo punto di vista, perchè

1°) in quanto alla possibilità di errori mnemonici i profani hanno criterii assai più giusti dei tecnici, che per anni ed anni raccolgono deposizioni, protocollano, sequestrano il reperto, e perciò danno così dei giudizii come al di fuori della vita e si fondano sopra un'esagerata valutazione del materiale addotto;

2°) in ogni caso si può chiedere l'intervento di periti che riferiscano sulla possibilità dell'errore e sulle molteplici alterazioni dell'attività psichica normale.

D'altra parte però si sostiene che il profano non è troppo inclinato a seguire con adeguata attenzione le fasi del processo, per farsi brevemente un'idea dei motivi pro e contro, e in particolare si è rilevato che la suggestione dell'oratore sarà più forte sui giurati, sicchè essi cadranno vittime sempre dell'ultimo oratore.

Ma tutto ciò è molto esagerato e presuppone una giuria con elementi difettosi. Se i giurati sono persone dedite al commercio e agli affari, o vivono nella vita pubblica del Comune o dello Stato, saranno senza dubbio anche in condizione di formarsi un retto giudizio sulla causa e sul valore delle prove, com'essi giorno per giorno, se loro

Digitized by Google

« Indagini sul diritto di pegno » *(Pfandrechtliche Forschungen)* del 1882, i suoi « Elementi del diritto concorsuale tedesco » *(Leitfaden des deutschen Konkursrechts)* del 1903, dove è rielaborato il suo antico « Trattato di diritto concorsuale » *(Lehrbuch des Konkursrechts)* del 1891, e sopra tutto, poi, il suo fondamentale « Processo come rapporto giuridico » *(Prozess als Rechtsverhältnis)* del 1888, seguìto ora, nel 1908, da un prezioso « Compendio del diritto processuale civile » *(Grundris des Zivilprozessrechts)* e fra breve da un ampio e completo « Trattato del processo civile » *(Lehrbuch des Zivilprozessrechts)*.

***

Di speciale interesse e di particolare importanza sono i suoi molteplici lavori storici, come i « Contributi alla storia del diritto romano in Germania », « La preistoria del matrimonio », « Il diritto processuale dell'India antica », « Il diritto degli Aztechi », « Il diritto dei negri », « Il diritto penale negli statuti delle città italiane », ed altri studii di storia del diritto privato e pubblico in Germania e in altri Stati.

***

Molti e diversi sono, infine, gli scritti del Kohler nell'ampio campo della filosofia del diritto; e del futuro, atteso « Trattato di filosofia del diritto », già s'intravedono le linee negli articoli comparsi nel-

Digitized by Google

vengono dubbii su qualche questione pratica, sanno concretizzare e abbracciare in un colpo d'occhio e dominare il materiale offertosi alla loro determinazione. Ma per quanto riguarda la suggestione dell'oratore ne è esagerata l'influenza, poichè un'azione penale farà sorgere un contraddittorio, e i giurati si convinceranno a preferenza delle ragioni portate dalla parte lesa, come ho potuto notare nell'osservazione che ne ho fatto. Nè ha alcun valore il dire che essi sono commossi dal sentimento e che ciò ha grande importanza nel decidere; perchè chi nell'intimo dell'anima vede la grande connessione del diritto penale colla felicità della vita umana, sarà più e più volte spinto ad un giudizio diligente. In fondo il giurato è indubbiamente un uomo di carattere, ha la mente abbastanza lucida e chiara, ed è radicato nell'animo suo il sentimento della necessità della giustizia. È dovere fondamentale dei nostri tempi riaffermare questo sentimento, e perciò ritengo doppiamente errato togliere al diritto, coll'affermarsi del determinismo, ogni radice nella vita morale.

L'unica vera obiezione sta nel potersi essi ingannare in diritto. Ma questo dipende per lo più dal formalismo ond'è ispirato l'istituto della giuria. Dipende anche dal non esservi chi possa

Digitized by Google

dare le notizie occorrenti ai giurati, nella sala di deliberazione. Non sarebbe perciò inopportuno che uno di essi fosse avvocato. Ma innanzi tutto nella formulazione dei quesiti deve bandirsi quel formalismo che ha già prodotto molti errori. Io stesso ero giudice nella causa contro un italiano, un venditore di stampe, che aveva avuto rapporti carnali con una fanciulla al disotto dei 14 anni. Allora (vigeva il codice badese) si propose ai giurati il quesito se non era noto all'imputato che la ragazza non aveva 14 anni. Questa doppia frase negativa era conforme alle frasi di allora; avvenne quel che era prevedibile: i giurati non si raccapezzarono per la doppia negazione, ma risposero semplicemente: sì. Volevano dire: sì, che il reo l'ha saputo, e il fatto era così lampante, la ragazza così male sviluppata e infantile, che non vi potea esser dubbio. Pure dovemmo assolvere l'imputato, e nessuno ne fu più stupito di lui; poichè, non conoscendo egli il tedesco, fece una faccia dubbia nell'apprendere la sentenza in tedesco, e non si seppe trar d'impaccio quando la traduzione in italiano gli dimostrò che poteva immantinenti abbandonar l'aula. Ma ognuno vede che questo è causato da circostanze che si possono evitare. Sono proprio accidenti della pratica e della formu-

Digitized by Google

lazione del diritto, quali mai avvengono nella terra classica della giuria, l'Inghilterra. Sarebbe desiderabile che fosse rotto il formalismo ed esistesse fra giurati e magistrati non il rapporto di una rigida separazione formale, ma, come in Inghilterra, relazioni di mutua cooperazione nello scoprimento della verità. Quel che da noi l'impedisce sono ancor sempre i modi inquisitorii dei presidenti, e la loro unilateralità, la quale fa ritenere l'imputato come già condannato e, sfuggendo in precedenza all'efficacia della difesa, quasi ch'essa fosse un'attività illegale, cerca di opporlesi. Perciò anche in Francia e in Germania dovè cadere il *resumée*, esposizione compendiosa del presidente. Quando saremo tanto progrediti che i presidenti apprezzeranno egualmente l'accusa e la difesa e rinunzieranno senz'altro alle risultanze dell'indagine degli atti per trarre, spregiudicati, l'impressione del dibattimento, saranno possibili fra giudici e giurati i rapporti che fra essi corrono in Inghilterra, e non avremo più bisogno di ricorrere al rigido sistema della formulazione dei quesiti, il cui formalismo non possiamo certo considerare come una speciale finezza giuridica.

Senza dubbio vi sono questioni per la cui soluzione i giurati sembrano del tutto immaturi,

Digitized by Google

specie quella dell'incoscienza e tutto ciò ov'è in giuoco la psichiatria. Qui i periti sono spesso in una posizione difficile. La coscienza che si possa esser pazzi, benchè apparentemente del tutto normali, la coscienza che un'intermittente attività razionale non escluda che lo spirito possa essere in balia di tempeste che escludono la libertà del volere o che fermano i movimenti della ragione è penetrata a mala pena nei giuristi, ma nei profani assai meno. Sarebbe possibile frattanto che si sottraessero dal giudizio dei giurati tali questioni, come anche quelle puramente giuridiche, da lasciarsi, naturalmente al magistrato; o, meglio, che fosse permesso alla difesa l'appello al giudice contro il verdetto dei giurati.

Digitized by Google

Digitized by Google

IV.

Problemi del diritto di associazione.

§ 32.

L'attività associativa si esplica in due forme principali: società e associazione. Nella società la maggioranza opera col patrimonio sociale, nell'associazione invece la personalità sociale opera col suo patrimonio, ma di guisa che l'amministrazione si esplica per mezzo degli organi dell'associazione, agli utili della quale spesso questi son chiamati a partecipare.

Ma, mentre i soci sono comunisti del patrimonio sociale, gli associati non hanno una comunione sul patrimonio dell'ente. Questo sarebbe impossibile, poichè tale patrimonio è solo patrimonio dell'ente. Gli associati hanno solo un cosiddetto diritto sul valore *(Wertrecht)* dei lucri di questo patrimonio unitamente a diritti personali di dirigere e amministrare in comune, detti diritti di organamento *(Organschaftsrechte)* in

Digitized by Google

modo tale che si uniscono due facoltà, quella di sorveglianza e quella di godimento, e rendono possibile che da un lato i membri lascino il patrimonio all'associazione, dall'altro poi siano completamente interessati ad essa e al suo patrimonio.

Ambedue le forme possono anche costituirsi in modo più complesso. Un'associazione può associarsene un'altra. Questi vincoli dapprima racchiudono contratti di locazione d'opera o di lavoro (p. es. le associazioni di cartelli, la federazione di Stati nella loro forma più semplice). Ma un'associazione può fondare con un'altra tale società che sussista un'unione non solo con interessi particolari ma con interessi solidali e sociali. Questa forma si differenzia dall'altra come principalmente i contratti di locazione d'opera e di lavoro differiscono dal contratto di società. A ciò nel diritto costituzionale van riferite le unioni federative nella forma più evoluta, la quale permette che cooperino coll'attività comune al raggiungimento di scopi comuni. Ma le associazioni si possono anche unire in maniera che siano esse membri di una terza associazione costituita da esse. Le federazioni del diritto pubblico dalle quali sorge una nuova unità associativa esistono già nelle corporazioni professionali.

Digitized by Google

I singoli componenti la corporazione di mestieri non sono soltanto le singole aziende, ma anche le singole coalizioni d'associati: queste nella corporazione si riuniscono in una nuova unità collo scopo immediato di avere il lavoro assicurato, ma si propongono anche lo scopo ulteriore di adoperarsi efficacemente a sorvegliare la sicurezza delle industrie e gl'interessi dei lavoratori.

Nel campo delle società per azioni se ne ha un esempio quando gli azionisti di un'anonima sono altre società anonime: è l'*holding company* del diritto americano, della cui liceità si è però discusso in Germania. Essa ha dato in America splendidi risultati economici.

§ 33.

Non è questa però l'unica via preparata all'avvenire. Non avranno allora la parte più importante le società di società, ma quelle fra esse in cui il socio delle singole sarà anche socio della nuova società, così da esser formate dagli stessi socii e la società semplice e la società composta di società; finchè sussistono le singole società, i loro componenti formeranno un'associazione complessa. È un'idea che si fece strada da quando ci furono le federazioni del diritto costituzionale

Digitized by Google

ed ebbe grande importanza nella formazione del libero stato nord-americano (1).

La grande importanza di questa formazione è in ciò, che per la prima volta unità e pluralità giunsero a una conciliazione altrimenti impossibile (2). Si tratta quindi di questo, che da un lato restano salvi gl'interessi singoli, sicchè i componenti delle società semplici non si trovano a disagio nell'unione, dall'altro però tutti i cerchi sono concentrici rispetto a uno che tutti li comprende, raggiungendosi così molto bene gli scopi comuni.

L'unione qui non consta delle singole società ma dei socii di esse. Perciò si fonda sur un vincolo non meno saldo che fra comunisti e fra semplici associati. Nelle unioni a tipo antico possono le singole unioni ottenere lo scioglimento della grande società, e gl'interessi degl'individui, specie i loro interessi prodotti dalla nuova unione, son posti senz'altro in balia delle società mi-

---

(1) Di questa forma è parola nel mio recentissimo *Trattato di dir. civ.* (Lehrbuch des bürg. Rechts, 1904 e seg.) I, 405 segg.

(2) Sagacemente scrive il COCKBURN, *Australian federation,* (1901) p. 46 segg.: « In federation lies the safe middle course between dangerous isolation and unwiedly empire. Federation consigns the precious jewel of autonomy into joint safe keeping ».

Digitized by Google

nori e dei loro fattori attivi. Ma nello stato federativo e nell'associazione di stati i singoli componenti possono chiedere lo scioglimento solo quando questo potrebbe ottenersi in un'associazione di singoli, e lo stato federativo o l'unione di stati come tale è salda non meno di una semplice corporazione o di uno stato unitario. Pertanto certi scopi particolari dell'associazione possono essere conseguiti anche senza tali unioni, anche cioè per mezzo dell'unione di individui. In quest'ultima inoltre si formano gruppi locali, sforniti certamente di personalità, i cui interessi però possono esser tutelati in quanto tali unioni godono dei c. d. diritti singolari dei gruppi locali e in quanto esse come titolari di tali diritti speciali, sono sottratte all'arbitrio della maggioranza della grande unione. In tal caso i gruppi locali non formano speciali unioni, nè hanno un proprio patrimonio: sono certi membri che hanno diritti singolari sul patrimonio comune. Questa forma non è impossibile, benchè presenti gravi difficoltà giuridiche, e specie la risoluzione di controversie fra i gruppi locali e la federazione trovi nel diritto frequenti scogli. È in sè possibile giudizialmente o per mezzo di arbitri, ma c'è bisogno di grande oculatezza. La vera forma è piuttosto l'unione fra l'associazione generale

Digitized by Google

l'« Archivio per la filosofia del diritto e dell'economia » da lui diretto insieme con l'antico e fido discepolo Fritz Berolzheimer.

***

A traverso questa esuberante varietà di produzione intellettuale che rende assolutamente straordinaria la figura del Kohler, come giurista e come scrittore, domina sempre costante e sovrana la nota di genialità dell'artista e del letterato. Così che, anche nelle più aride ricerche di procedura civile o di filosofia del diritto, una frase immaginosa ed alata, una energica espressione pittorica, un ricordo qualsiasi dei fantasmi del mondo dell'arte, suscita un vivo fremito d'immagini estetiche, risospingendo la mente a più larghe visioni di spiriti e di forme.

Nè la vasta cultura letteraria ed artistica è puro ornamento decorativo pel giurista, poichè egli ne forma oggetto di « vital nutrimento » pei suoi studii di diritto, e tutto coordina ed armonizza nel cemento che plasma saldamente la struttura estetica dei suoi lavori.

Ciò spiega come egli abbia potuto, nell' intima convinzione della bontà dei suoi metodi, proseguire inalterabilmente nell'opera propria, lasciando, con giusto sdegno di trascuranza, abbaiare d' intorno a sè critici petulanti e botoli ringhiosi, come farebbe del pari noncurantemente squittire « i pappagalli lusingatori ».

Digitized by Google

e le particolari per mezzo di una federazione di cui sia membro senz'altro ogni socio delle singole unioni, sicchè ognuno abbia duplici diritti sociali, diritti cioè nella società particolare e diritti nella generale, e coesistano due patrimonii: il federativo e il locale. Per quel che concerne i loro proprii interessi, le associazioni particolari hanno una grande autonomia: hanno facoltà di servirsi del proprio patrimonio, di nominarsi i propri organi e di amministrarsi i proprii affari. Per taluni di questi possono far a meno del consenso o dell'approvazione della federazione, e in tal guisa si possono conciliare sotto gli aspetti più diversi gl'interessi del potere centrale e di quello locale.

Certi conflitti, specie riguardo al patrimonio, sulla competenza dell'uno o dell'altro si risolvono giudiziariamente. È anche possibile che sia dato al primo di estendere la propria giurisdizione sino a restringere in certo modo l'autonomia del secondo, ma in mancanza di ciò quello non si può ingerire più di quanto potrebbe nelle cose di terzi in rapporti con esso.

§ 34.

La forma della federazione assorbirà in avvenire anche i cartelli che funzionano nel no-

Digitized by Google

stro continente, specie in Germania. In America, tendendo sempre più all'associazione, essi son divenuti *trusts*, dissolvendo le singole aziende per riunirle in una sola industria grandiosa. Ne venne che le singole imprese persero progressivamente la loro individualità e divennero una macchina enorme. Perciò questa forma è la vera in cui si trasformerà il nostro sistema dei cartelli, tanto multiforme e così specializzato nella produzione e nei prezzi, che un passaggio netto dalla individualità industriale al *trust* non risponde nè ai nostri usi nè ai nostri interessi. Noi non vogliamo fare a meno dell'individualità nella produzione industriale; sarebbe un rinunziare alla nostra stessa natura ed anche ai molti benefizii che questo sistema ci ha dato. Eppure non possiamo rinunziare ai grandi vantaggi della coalizione; non lo possiamo se non vogliamo preferire che la forza dei capitali americani ci bandisca dal mercato internazionale, giacchè mai l'industriale isolato potrà su di esso valere quanto un *trust* colla forza possente dei suoi capitali.

Ora la nostra associazione quasi-federativa rende possibile il raggiungimento di questi due grandi ideali. Siccome le grandi industrie sono organizzate sotto forma di anonime o sotto forme analoghe, è possibile che si associno in una grande

Digitized by Google

unione i cui componenti ne siano azionisti nello stesso modo che sono azionisti della loro propria società. Così da una parte si riesce a tutelare i comuni poderosi interessi della coalizione, mentre le singole società restano quali erano, e perdurano quelle peculiarità alle quali è in gran parte dovuta l'importanza del nostro lavoro. La coalizione fissa certe regole e permette all'attività delle anonime di fissarne altre entro i proprii limiti.

Così è raggiunto il benefizio del *trust*; una grande quantità di spese sono risparmiate; l'industria coalizzata può così spandere le sue fila pel mondo e sostenere la concorrenza delle grandi forze finanziarie straniere. Può farsi dovunque una *réclame* poderosa, fondarsi succursali in ogni continente e tentare di vincere il commercio estero.

L'unione salda davvero è la federativa. Il semplice fondere senz'altro ad unità le aziende non preserva questa grande società dalle crisi. Ma ciò non può avverarsi se invece la coalizione non consta delle singole società, ma dei soci che formano le singole industrie, poichè tale società non è meno forte di una singola azienda, e in particolare sarà addolcita la costante mutua concorrenza e la disastrosa influenza dell'invidia e del livore, che altrimenti minaccia il tutto.

Digitized by Google

Così possono essere formate diverse unioni a seconda dell'industria e della produzione. Pei diversi procedimenti produttivi non è necessario un vincolo così stretto, perciò per essi è possibile una semplice federazione come quella degli Stati. In tal guisa anche nella vita delle società ritroviamo i grandi principii dell'associazione degli Stati e dell'unione senza dei quali non si potrebbero adempiere i nostri cómpiti politici. V'è anche il grande vantaggio che sul tutto, così sulle società dell'unione come sulla società complessa di altre, vige la legge dello Stato, e in caso di dubbii essa stessa offre un modo di risolverli: la legge può dare le norme come regolare innanzi al diritto civile queste unioni a guisa di Stati uniti e di Confederazioni; mentre nel campo del diritto pubblico interno non esiste una tale forza superiore e solo recentemente si sono creati mezzi efficaci per risolvere importanti questioni in caso di serii conflitti.

§ 35.

Così io vedo la futura industria alleata nel nostro paese, non nell'uniforme aspetto dei *trusts* americani, ma come coalizioni e singole società facienti capo a queste, nelle quali l'unione e la

Digitized by Google

società individuale avrebbero ugualmente una determinata cerchia d'azione, così da farsi valere ugualmente gl'interessi delle singole società e quelli comuni, poichè le società individue avrebbero autonomia patrimoniale, amministrativa, di redditi, e la loro attività statutaria, e lo stesso sarebbe dell'unione. Questo sdoppiamento di funzioni in funzioni dell'Unione e funzioni delle società nè è contro natura, nè porterà seco urti inevitabili; come gli Stati tedeschi e americani se la passano bene nella loro azione autonoma per un verso, e nell'appartenenza all'Unione per un altro, così sarà anche pel caso nostro; poichè lo sdoppiamento del patrimonio e dell'azione non è qua niente di arbitrario, ma si fonda sulla distribuzione degli interessi.

Naturalmente in tutte queste figure è possibile un moto vivace: poichè il volere dell'Unione da un lato e quello delle società dall'altro avranno influenza l'uno sull'altro ed ora varrà più l'uno, ora più l'altro. Tali unioni tendono ora più all'accentramento, ora più all'autonomia. È così possibile che una quantità di attività passino dall'una all'altra parte, è possibile anche che una quantità di esse abbandonino gl'individui e siano demandate alla competenza dell'Unione. Non altrimenti l'Alsazia Lorena costituisce prima di

Digitized by Google

tutto un impero e Whashington nell'America del Nord è innanzi tutto uno Stato dell'Unione. Se poi si sente il bisogno d'una vera unione, scompaiono le singolarità, sicchè può aversi anche un completo accentramento. In sostanza tali unioni durano quanto le forze in esse operanti, e se si ha un mutamento nei vicendevoli rapporti delle forze, il diritto deve avere tale elasticità da adattarsi ad esso, ed in queste formazioni giuridiche ciò è completamente possibile.

Digitized by Google

Digitized by Google

V.

Problemi di procedura civile.

§ 36.

Solo negli ultimi tempi sono stati approfonditi i problemi del processo civile, poichè in esso più che in altre discipline giuridiche il diritto naturale ha esercitato la sua potenza, e solo ai nostri giorni si è maturi per una trattazione storica delle sue vicende. La sua esposizione storica è cominciata da poco; poichè è stato certamente comodo e in certo modo proficuo che dapprima si sia lavorato sul processo romano e germanico, senza che si fosse giunti a scoprire i legami per cui si riconnettono al nostro odierno processo; il passato e il presente erano separati da un profondo abisso. Se noi oggi studiamo la scienza del diritto processuale, riconosciamo pure, benvenuta, la necessità storica di questa branca del diritto e dobbiamo domandarci innanzi tutto se un principio giuridico ha trovato realmente applicazione nel diritto vigente, o se questo non

Digitized by Google

parta da un altro principio opposto. Inoltre solo negli ultimi tempi è stato possibile un colpo d'occhio nello svolgimento universale del processo, e solo di questo noi abbiamo bisogno, piuttosto che di una schematica esposizione delle vicende del processo dei singoli popoli.

Non è controverso che il processo civile è il prodotto d'una più evoluta funzione dello Stato, nella quale ebbero gran parte da un lato la sovranità patriarcale e dall'altro la pratica religiosa. (1) L'importanza del processo civile nell'un caso e nell'altro stava nel ristabilire la pace colla felice risoluzione di controversie che senza di essa erano regolate dalla forza del braccio, ed era certo una risoluzione colla cooperazione dello Stato che esplicava la sua attività complementare nell'accertamento e nell'esecuzione.

Che la tutela del diritto fosse appartenuta originariamente all'individuo è stato così chiaramente dimostrato dallo studio dei popoli primitivi e di quei popoli i quali presentano uno stadio

---

(1) Vedi la mia « Introduz. allo studio delle scienze giuridiche » (*Einführung in die Rechtswissenschaft*) 2ª ediz., p. 133 segg. e la mia esposizione nell' « Enciclopedia della scienza del diritto » (*Encyclopaedie der Rechtswissenschaft*) I, p. 63 segg.

Digitized by Google

di civiltà arretrata che ciò non può esser messo in dubbio. Ancor oggi noi osserviamo in tutti i popoli allo stato di natura organizzazioni giuridiche nelle quali chi crede di avere un diritto si unisce a una schiera di compagni, piglia in pegno in un modo qualsiasi l'avversario e lo mette in ceppi e ve lo trattiene fin che questi non soddisfa il suo impegno. Se poi l'obbligo è contestato dalla parte avversa, si giunge alle rappresaglie, e quando ambo le parti son così forti da sostenere il puntiglio, o si arriva alla guerra tra gruppi familiari, o si ricorre, per sottomettervisi, al giudizio di arbitri. Sviluppatasi poi l'idea che la divinità ha influenza nel diritto, si chiamarono i sacerdoti, ed essendosi voluto con tutti i mezzi aumentare il loro potere dai capi-tribù, fu a questi gradito che li chiamasse in aiuto il debole, che ne ottenesse giustizia e che i sacerdoti venissero in aiuto di chi era offeso da un arbitrario esercizio delle proprie ragioni. È chiaro che in tal modo poterono coesistere per lungo tempo tutela individuale e tutela statale, poichè tali istituti non si cambiano come si rimbocca un guanto, ma solo dopo lunga simultanea coesistenza scompare il vecchio e il nuovo assorge a dominio incontrastato.

Digitized by Google

La felice armonia della sua tempra intellettuale è la sua grande forza; e la genialità, con cui questa forza egli rivela, ne costituisce la bellezza.

***

In nome della bellezza nel campo delle lettere, delle arti e del diritto, il Kohler, or è circa un anno, mi parlava entusiasticamente dell'Italia, mentre era a bordo del piroscafo che doveva condurlo da Napoli a Palermo, in una mite serata che dava tutti i suoi fascini al nostro golfo incantevole.

E parlava, animandosi con la suggestione del suo vivo interesse per le cose nostre anche recenti; parlava dei nostri musicisti e dei nostri poeti; si soffermava, con lunghi slanci di ammirazione, su Verdi e su Carducci, che conosceva meravigliosamente; e si esaltava nel ricordo di queste alte manifestazioni d'arte.

A un tratto io non potetti più frenarmi, di fronte a quella effusione di sentimento e a quella manifestazione di genialità, che faceva vibrare completamente all'unisono gli entusiasmi del mio spirito; e gli dissi:

— Non vi dispiaccia; ma vi è, in voi, molto del genio latino.

— Al contrario, — mi rispose — è questo il più grande elogio che mi si possa fare. —

Digitized by Google

Coll'avvento dello Stato si sviluppò il processo come mezzo di pace; mentre sin allora l'attuazione del diritto fu posta a disposizione del singolo privato, la qual cosa menava a lotte costanti, ci s'impegnò ora l'onnipotenza dello Stato, e il diritto si attuò senza lotta, o in modo da non attribuirsi più importanza a qualche ribellione; e poichè, di questo passo, lo Stato sostituì alla più o meno arbitraria sentenza delle parti la soluzione del problema « chi ha ragione? », dovè naturalmente mirarsi non solo a un'equa risoluzione della controversia, ma anche al riconoscimento del diritto così formatosi nei giudizii, sicchè alla fine il sentimento che, riconosciuto un diritto, questo era effettivamente il diritto, dovè portare una profonda pace nei popoli. Sicchè il processo si è formato come istituto di pace e come tale deve innanzi tutto considerarsi.

§ 37.

Prima d'ogni cosa il processo si distingue dalle fasi ad esso anteriori per ciò, che lo Stato è così venuto a estendere le sue funzioni. Esso, accanto agli altri suoi cómpiti, ha assunto anche quello di venire all'attuazione del diritto per mezzo della pace.

Digitized by Google

È rimasto fra le parti il conflitto, ma giuridico. Sin dai tempi dei giudizii di Dio, da una lotta cieca si addivenne a un contrasto con mezzi divini. All'invocazione della divinità subentrò l'assoggettamento all'onnipotenza della natura benedetta da Dio; nell'acqua e nel fuoco, nel veleno e nella bilancia, nelle violenze alla natura dell'uomo o del bruto si riconobbe il dito di Dio; ma anche nel duello era l'influsso divino che aiutava il giusto nella vittoria. Solo apparentemente era l'uomo che per ciò usava della sua forza e della sua destrezza: era la divinità che guidava la sorte: tale fu il pensiero di quei tempi. Da queste forme religiose sbocciò l'odierno processo. In esso oggi le parti espongono le loro ragioni e le sostengono in contraddittorio. In luogo della prova divina v'è la prova umana, e il giudice non deve puramente rintracciare le correnti del potere divino e documentare come si esplica nel processo la divinità e da qual parte si muova la bilancia della decisione divina, ma vagliare razionalmente i fatti esposti con argomenti favorevoli e argomenti contrarii, con prove e controprove; ma deve dimostrare da quale parte si piega la forza dei motivi umani: alla divina onniscienza subentra il criterio pratico del magistrato che decide.

Digitized by Google

Di qui discende che il processo è e rimane una lotta con armi divine prima, umane poi, ma sempre, naturalmente, intellettuali, e che il giudice esplica la sua funzione dopo che si è svolto il combattimento logico.

§ 38.

Ciò non esclude 1) che il giudice ha influenza nella lotta delle parti. Questo si ebbe anche ai tempi del diritto divino, quando il giudice si affaticava a render possibile la vera estrinsecazione della decisione divina; 2) non è escluso che il giudice tenga conto, all'infuori di quanto esibirono le parti, di altre circostanze che gli possono esser d'aiuto nel giudicare. Anche nell'epoca della prova divina non erano bandite altre manifestazioni del potere divino, diverse dalla prova divina, potendosi spesso sospettare che la stessa prova divina fosse mistificata da impuri incantesimi. Epperò è rispondente alla moderna evoluzione il dovere del giudice di far tesoro non soltanto degli *alligata et probata* delle parti, ma di giovarsi di tutti i rapporti della vita a lui non ignoti, e così di decidere il più ch'è possibile giusta la realtà delle cose. È all'intutto falso quanto si è voluto dedurre dalla

Digitized by Google

falsa teoria comunemente detta della discussione *(Verhandlungsmaxime)* per la quale il giudice deve tener solo conto della produzione giudiziale. Se in alcuni casi gli sono imposti limiti da quanto provano le parti, questo può giustificarsi, più o meno ragionevolmente, con motivi di utilità, ma è più conforme alla posizione delle parti e alle funzioni giurisdizionali che il giudice nel formare il suo convincimento abbia il campo più libero possibile.

3. Il rapporto fra l'attività delle parti e l'attività del giudice non è così solidale che quella del giudice debba stare in costante dipendenza da quella delle parti. Invece può essa superarla e creare effetti che debbano sorpassare la domanda delle parti. Certo si avrà una sentenza solo quando è intentata un'azione, e la sentenza deve concernere soltanto la controversia portata in giudizio solo in quanto essa si è svolta fra le parti. Però vi son casi in cui la sentenza viola tali confini. Il diritto tedesco specialmente ha alcune norme per far valere il giudicato anche contro i terzi. Son chiamati in giudizio coll'intervento principale, colla citazione per pubblici proclami: qui soprattutto il giudicato ha effetto anche contro i terzi. Ciò si avvera anche meglio nella procedura amministrativa, simile

Digitized by Google

nella forma alla civile, e nella quale in linea eccezionale si fa uso della citazione d'ufficio per far si che, se è instaurato un giudizio per citazione privata, questo non debba esser deciso solo fra le parti, ma rispetto a chiunque vi abbia interesse. La qual cosa prova di bel nuovo che l'attività del giudice non dipende da quella delle parti, così come molte volte si sostiene, e che lo Stato per propria iniziativa può adoperarsi, nell'interesse della pace, a risolvere le controversie nella loro più ampia comprensione.

§ 39.

Il processo, come si è detto, deve non solo attuare il diritto ma anche dichiararlo in maniera coercitiva; quindi ha per fine di scoprire il diritto per mutarlo in fatto. Questo scopo, come tale, è un ideale che non sempre si raggiunge. E non può essere sempre raggiunto o, perchè più d'un rapporto giuridico si basa su rapporti di fatto così involuti e nascosti che al giudice mancano i mezzi per distrigarli, o perchè viene a mancare alle parti quel ch'è necessario per sottoporre per intero all'esame del giudice. Se lo scopo vien meno, nell'interesse della pace ci dobbiamo contentare della sentenza errata e l'or-

Digitized by Google

dinamento giuridico deve far posto all'ordinamento della pace, poichè questo è basato sui presupposti della vita dello Stato. Solo in casi rari è concesso d'impugnare il giudicato. Che però la sentenza esiste anche per l'ordinamento della pace è tanto più da rilevare, inquantochè spesso il principio dell'attuazione del diritto è considerato del tutto unilateralmente, quasi che fosse il solo da tenersi presente.

Ma ciò che è l'ideale non può mutarsi in realtà, ed è errata ogni costruzione giuridica che nello studio degli istituti giuridici considera ciò ch'è l'ideale come già esistente. Il processo non è attuazione di diritto, ma piuttosto attività di parte, con accanto l'attività dello Stato, che si adopera per l'attuazione del diritto; in genere però non sempre la raggiunge, e chi volesse non ricordarsi della notoria verità che circa il 30 % delle sentenze non corrisponde ai veri rapporti di fatto violerebbe i canoni della scienza, poichè questa deve basarsi sulla realtà e studiare gli istituti nella loro essenza e nella loro trasformazione, e non secondo ciò che sarebbe se vivessimo in un mondo diverso dal reale. Perciò accanto all'attuazione del diritto sta l'attuazione della pace, e non di rado l'ordinamento giuridico si vede costretto a foggiare siffattamente i suoi isti-

Digitized by Google

tuti che dopo certo tempo subentra uno stato di quiete anche a spese dell'esatto accertamento del diritto, e lo Stato in taluni rapporti favorisce particolarmente transazioni e accomodamenti.

Perciò ogni processo ha i suoi pericoli, il che non era ignoto agli antichi tedeschi. Del resto, quando vigevano ancora formalità rigorosamente sacramentali, erano quelli anche molto più gravi di adesso, e le sentenze dipendevano da moltissime contingenze. Noi restiamo attoniti se consideriamo l'evoluzione giuridica degli antichi tedeschi, specie degli antichi francesi, e vediamo che spesso tutta la sorte d'un processo è sospesa a un capello, nè poi nell'interesse della giustizia; poichè quell'êra non mirava a raggiungere scopi di equità, ma si vincevano le liti come si guadagna al giuoco. Oggi è tutt'altro; il pericolo, benchè scemato, sussiste tuttora, ma non soprattutto a causa di formalità, sibbene pei limiti generali dell'umana conoscenza. Oggi ancora il processo può togliere al titolare diritto, danaro, beni. Chi si mette in lite deve sapere, come il soldato che va alla guerra, che mette in giuoco la sua fortuna.

Perciò non può dirsi in alcun modo che esista una particolare pretesa alla tutela giuridica in favore di chi effettivamente è il titolare del di-

Digitized by Google

ritto. Ognuno, abbia o no un diritto, sta innanzi al giudice nelle stesse condizioni, poichè il giudice deve vagliare la materia del diritto e di questa rettamente giudicare; ognuno ha i suoi doveri di parte, il giusto non meno del reprobo. Questo si ha così nel procedimento dichiarativo come nell'esecutivo, tenuto conto però che non ognuno può iniziare quest'ultimo, ma colui soltanto che ha un così detto titolo esecutivo, che può invocare cioè uno specialissimo precedente il quale eleva il suo diritto a un alto grado di verosimiglianza.

Si tratta soprattutto di ciò, che in generale v'è un diritto dell'uomo di instaurare il processo, così come l'uomo in generale ha il diritto di far testamento. Tutto ciò emana da un grande diritto della personalità onde scaturiscono anche tanti poteri, ma non da una speciale facoltà competente a quegli cui l'ordinamento giuridico concede un diritto.

E se l'individuo può intraprendere con certe conseguenze attività processuali, ciò è solo conseguenza del potere, derivante dalla personalità umana, di adoperarsi per l'attuazione del proprio diritto.

Digitized by Google

§ 40.

Ciò che si è addotto non da un punto di vista processuale, ma di diritto pubblico, per fondare sull'attività giurisdizionale una pretesa giuridica da parte del titolare di un diritto civile si basa su ciò, che lo Stato deve tener conto della persona, come della proprietà, e tutto quanto si è voluto esprimere con una tale pretesa al diritto non è altro che un'emanazione del diritto della personalità. Questa è lesa senz'altro se non si garantisce alla persona l'accesso per via di legge agli organi statali e può esser lesa se l'attività statale è difettosa e l'errore mena a uno sconvolgimento della posizione giuridica della persona e del patrimonio.

Ma il diritto della personalità non si può risolvere in pretesa contro lo Stato: questa costruzione non è meno scorretta di quella che sminuzza e polverizza la proprietà in una pretesa contro ognuno. Il concetto di pretesa è qui adoperato contro il suo proprio significato ed è perseguitato a morte come il cavallo di Mazeppa; inoltre esso condanna a morte il diritto di personalità. Nè può ammettersi una pretesa, o come pretesa del titolare del diritto o come pretesa

Digitized by Google

di ciascuno, nè una pretesa all'assoluzione da parte di chi è ingiustamente attaccato. L'una e l'altra cosa stanno allo stesso livello; gli è come se si volesse costruire una qualche pretesa a tutte le possibili funzioni dello Stato.

In fondo, che significa pretesa? la facoltà di ottenere una prestazione positiva o negativa per la reintegrazione (attuazione o garentia) di un diritto dell'individuo. Si può parlare di pretesa solo quando l'avversario si trovi in una situazione di fatto contraria al diritto dell'attore, la quale deve esser eliminata. Quindi v'è una pretesa se uno è leso nel suo diritto di proprietà, ma non se esso se ne sta indisturbato. C'è una « pretesa » se un funzionario con un'ordinanza illegale lede il mio diritto, ma non se io semplicemente richiedo da lui una data attività. Di vero la mia domanda è solo emanazione del mio potere di operare come personalità umana. Sostenere che io abbia verso lo Stato una pretesa a tutte le sue possibili attività, in quanto ciò sia mio interesse è una falsa applicazione del concetto di pretesa e può far credere erroneamente che l'individuo stia nel punto archimedico e che perciò, a suo libito, possa mettere in movimento lo Stato. Che tale abuso del concetto di pretesa possa contribuire all'elevazione

Digitized by Google

***

Tale risposta rende assai bene l'espressione di questa così eccezionale e così ammirevole figura di pensatore e di artista. La poliedrica varietà della sua cultura e la geniale fosforescenza del suo ingegno, lo hanno reso universalmente noto ed illustre nella vasta e feconda opera sua di scrittore.

Recentemente in Germania, per la sua festa giubilare, gli hanno reso, da ogni parte del mondo intellettuale, onoranze solenni.

Egli, nella rinnovata comprensività del suo umanesimo moderno e geniale, è uno dei più grandi educatori e dei più efficaci cooperatori nella diffusione della cultura.

Ed ecco perchè, nell'offrire al pubblico italiano questi suoi semplici saggi sui « moderni problemi del diritto », io sono sicuro che essi incontreranno senz'altro il plauso di quanti intendono le difficoltà di esposizione magistralmente superate e il beneficio della sintesi lucida e penetrante cui arrivano soltanto i grandi ingegni.

Napoli, 3 maggio 1909.

LUIGI FERRARA.

Digitized by Google

del diritto dei popoli è idea che appena merita l'onore d'esser ricordata, come, del resto il suo contrario, che cioè i teorici del diritto di personalità, dando tutt'altra importanza al concetto di pretesa, sono assolutisti e peccatori contro la libertà umana. Tali errori proprio non meritano di esser confutati. La natura del concetto di pretesa non ha nulla che fare col fenomeno politico, epperò tanto più non può considerarsi in alcun modo come segno di concezioni pubblicistiche progredite un uso erroneo del concetto di pretesa.

Digitized by Google

VI.

Problemi del diritto internazionale.

§ 41.

Le nuove questioni del diritto internazionale mirano principalmente alla guerra e alla pace, al loro regolamento nella prassi dei rapporti internazionali e alla posizione che spetta alla guerra nella teoria del diritto internazionale.

Prima si divideva il diritto internazionale in una parte riguardante la guerra e in una la pace, e alla guerra si dedicava buona metà della trattazione; il rapporto di guerra fra popoli era così normale come la pace. Si era pur sempre pieni delle reminiscenze d'un tempo in cui ogni popolo provvedeva solo a se stesso e si manteneva in amichevoli rapporti quasi esclusivamente per amicizia o per interessi non immediati.

Ora è tutt'altro. La guerra è un rapporto anomalo, un male che sotto dati riguardi può apparire in ogni modo un male necessario, ma che porta sempre la qualifica di straordinario.

Digitized by Google

Inoltre è discutibile se possiamo chiamare la guerra rapporto giuridico internazionale o se dobbiamo dirla un non-rapporto giuridico. L'una e l'altra cosa è falsa: la guerra non è una relazione di diritto: quindi non sarà regolata e non si avranno decisioni al riguardo secondo le norme del diritto, ma ciò che la decreta è la forza, alla quale il diritto si piega perchè le si deve piegare, annettendosi a certi rapporti di fatto conseguenze giuridiche, così nel diritto pubblico come nel privato.

Ma la guerra non è neanche un non-rapporto giuridico, perchè in moltissimi casi non si può dar colpa ai belligeranti, o almeno a uno solo, e perchè le conseguenze non sono regolate dalle leggi come qualche cosa di assolutamente antigiuridico. Piuttosto la guerra è uno di quei rapporti che non appartengono nè al diritto nè al torto, un rapporto di fatto cui però si collegano effetti giuridici, non solo per la dipendenza da esso di effetti giuridici, ma anche perchè quando scoppia la guerra ha vigore una serie di regole (le norme del diritto internazionale) fra gli stati belligeranti e anche rispetto ai terzi (neutrali).

Se la guerra è tenuta nei limiti del diritto internazionale deve dirsi che l'esecuzione delle operazioni belliche non è un atto giuridico ma

Digitized by Google

non è nemmeno un atto illecito. È una manifestazione dello stato belligerante che non ha nè il carattere positivo nè il negativo dell'ordinamento giuridico e che si potrebbe chiamare, se ciò non menasse ad equivoco, atto « neutrale ».

Da ciò discende senz'altro che tali atti non possono, pur avendo carattere di violazione, esser trattati come delitti o contravvenzioni se vengono da uno stato riconosciuto nella società internazionale e da coloro che sono di fatto gli organi dello Stato. L'uccidere in guerra non è omicidio, l'incendiare case non è il reato dell'incendiario, e gli organi dello Stato belligerante non possono essere tenuti responsabili di lesioni corporali o di violazioni di libertà.

Se tali organi cadono in potere del nemico, non si può loro in nessuna guisa imputare il danno da essi arrecato in nome dello Stato. Di qui deriva naturalmente l'obbligo di trattar bene i prigionieri di guerra e di non far espiare loro i danni arrecati al paese. In epoca non lontana era tutt'altro; non era ancora maturo il concetto che l'attività dello Stato belligerante, in quanto non è contraria al diritto, copre tutti coloro che hanno agito come organi dello Stato.

Ma gli organi dello Stato che sono in attività di guerra si distinguono, come combattenti, dal popolo che non ha simile legittimazione statale.

Digitized by Google

Da ciò dovrebbe trarsi la conseguenza che solo i combattenti che imprendono le ostilità starebbero sotto la tutela giuridica dello Stato, e che tutti gli altri non siffattamente legittimati dovrebbero esser trattati da assassini e da incendiari.

Pure non si è giunti a tanto, e si son trattate come organi statali certe persone pur non aventi una legittimazione dallo Stato, poichè esse prestavano assistenza allo Stato coll'aiutarlo in veste di gestori di negozî. Ma si richiese che manifestamente offrissero garanzie pari a quelle dei combattenti, in ispecie che portassero distintivi riconoscibili, che fossero sotto un comando regolare, che seguissero usanze di guerra.

Tale è la posizione dell'attività belligerante se si seguono i precetti del diritto internazionale; essi si fondano su tre regole fondamentali. Se la guerra è inevitabile, il danno delle guerre deve essere ridotto al minimo; non si vorrà togliere certo l'uso della violenza ma, trattandosi dei mezzi d'indebolire il nemico per porre fine alla guerra, di spezzarne la forza, si permettono le offese più tenui; però ogni offesa dev'esser limitata da questo scopo: è contrario al diritto internazionale il servirsi di qualunque violenza o danneggiamento che produce danni inutili per

Digitized by Google

gli scopi della guerra. Non si fa la guerra per tormentare gli uomini; perciò non si ammazzerà il nemico se per renderlo impotente basta una ferita, e non si distruggerà quando la distruzione non avrà per conseguenza l'indebolimento della posizione del nemico.

Da queste regole scaturirono i precetti dell'odierna guerra terrestre, quali sono fissati nella Conferenza dell'Aia del 1899. Vien da sè il divieto di proiettili destinati solo a procurare tormenti o la morte, mentre una semplice ferita rende un uomo impotente. Inoltre se il nemico si arrende non lo si deve ammazzare, ma perdonarlo; come pure non è lecito opprimere e angustiare i prigionieri, ma li si tratterranno solo per sottrarli alla guerra e indebolire il nemico. Non si fa più di essi dei servi o degli schiavi, non sono più trattenuti perchè siano riscattati; conchiusa la pace, sono rilasciati, dopo essere stati trattati come uomini propri.

Seconda regola è questa: la guerra può sempre più sensibilmente umanizzarsi se si mantengono alcune istituzioni le quali cooperano a raddolcirne l'immagine, senza che scemi l'energia dell'offesa e della difesa. Sin dai tempi antichi si è formata la consuetudine che in guerra vi fossero alcuni privilegi, o fossero create alcune oppor-

Digitized by Google

tunità atte a render possibile la corrispondenza fra gli eserciti nemici. Già presso i popoli selvaggi tali ambasciatori sono sacri e inviolabili, e al riguardo si è oggi fermata la regola che il parlamentare col suo seguito, l'uomo dalla bandiera bianca, deve essere rispettato dal nemico.

Altri usi che temperano il rigore della guerra sono: il rilascio dei prigionieri contro promessa, potendosi ritenere fondatamente che questa sarà mantenuta, e che essi aiuteranno i connazionali, senza però nè partecipare alla guerra nè accrescere le forze del proprio Stato. Un altro principio è che anche al nemico debbano esser lasciate certe condizioni d'esistenza, nel paese, poichè solo così è possibile che egli da parte sua usi trattamento umano al nemico. Perciò è vietato in guerra l'uso del veleno. Si può, p. es., privare il nemico dei viveri, ma non è permesso avvelenare le fontane o mandargli nel campo malattie infettive. Se ciò avvenisse, sarebbe sanzionata ogni brutalità contro gli abitanti del paese, perchè, se tanto si facesse alle truppe, le truppe renderebbero il contraccambio quando loro riuscisse fatto.

In tutti questi rincontri il diritto internazionale non conosce vie di mezzo. Violate tali norme, si avverano le rappresaglie più feroci, e l'offeso

Digitized by Google

da parte sua non è legato ai consueti riguardi. L'offensore non può far appello alla sua condotta regolare, tendente a debilitare o distruggere il nemico, poichè questo agire segnerà la fine di tutte le oneste operazioni. Dovunque tale pietra miliare del diritto internazionale è violata, regna la violenza, e l'offensore è bollato d'infamia dal diritto delle genti.

Una terza regola è che ogni Stato, anche in guerra, mantiene integra di fronte agli altri la sua posizione giuridica; per cui è un rapporto giuridico e non semplicemente una relazione caotica quello intercedente fra l'esercito invasore e il paese. Tanto prima non si riconosceva, non essendo di guida il principio che gli Stati sono soggetti di diritto i quali si debbono rispettare anche in guerra, eccetto che per gli scopi della guerra. Un corollario: la vita e la proprietà dei sudditi debbono esser risparmiate in quanto ciò permettono i fini della guerra; non possono tributarsi alla nazione inutili sofferenze; nel metter balzelli e per quanto concerne le contribuzioni deve esservi una certa equità distributiva, quindi la proprietà dello Stato nemico potrà anche esser posseduta e amministrata, ma solo a norma dei principii d'una bene ordinata amministrazione politica, e di guisa che le fonti del reddito siano sfruttate,

Digitized by Google

ma non rapacemente esaurite, risparmiandosi in ispecie e soprattutto gl'istituti di educazione, gli artistici e gli scientifici.

§ 42.

L'idea della pace perpetua è attualmente ancora un'utopia. Ma non può ammettersi che debba restare per l'umanità, in ogni tempo, un puro ideale. I mezzi di cui si fa uso da un secolo per decidere con giudizii arbitrali le controversie fra Stato e Stato hanno oramai una grande importanza. Fu specialmente un notevole progresso il togliere il carattere di eccezione al principio dei pronunziati arbitrali, e coll'istituzione all'Aja di un tribunale permanente e coll'accordo per mezzo di trattati, e il promuovere la decisione delle liti coll'instaurare un procedimento ben ordinato.

Un altro coefficiente della pace sta nell'accordo e nell'unione dei popoli per fini d'interesse comune; più è stretto questo vincolo, più la guerra produrrà grande sconcerto, ma meno gli Stati imprenderanno operazioni belliche. Un mezzo straordinario per impedire lo scoppio delle guerre sta nell'addivenire i popoli a unioni e nell'assicurarsi vicendevolmente certi diritti

Digitized by Google

e certe situazioni; ora noi siamo così innanzi che tutti i popoli, o almeno i popoli del nostro continente formano una salda unione con organi comuni, nè è lontano il tempo in cui spariranno i conflitti armati. E ciò interessa da vicino lo scoppio delle ostilità, perchè le nazioni fanno parte come di un solo stato e sottomettono le loro controversie alla decisione dei tribunali.

Il medioevo sognò un impero cui spettasse dirimere i litigi dei popoli cristiani. Questa monarchia universale è scomparsa, mancando i mezzi di attuare sì alta idea di fronte alla potestà territoriale. Ma un simile grandioso compito spetta alle unioni di popoli, se questi si concepiscono non più come solitarii, ma come membri di una grande società internazionale.

Quel che più osta alla pace si è che le cause di guerra non sono sempre le ingiurie arrecate dallo Stato, ma attriti economici o di razza, per cui un popolo è danneggiato dallo stato presente delle cose che non si crede possibile eliminare se non col mutarsi dell'attuale posizione dei rapporti internazionali. Ciò accade quando, se vuol riunirsi una nazionalità sminuzzata, o se un popolo che sente in sè una grave depressione nel commercio desidera la libertà più completa delle

Digitized by Google

1869

Digitized by Google

Digitized by Google

coste per dar vita su di esse a un commercio marittimo, o se un popolo è così diviso che stima necessario acquistare l'unità delle membra sparse, o se infine un popolo ne offende un altro senza violare il diritto internazionale, ma cerca di ostacolarne con misure economiche lo sviluppo commerciale e industriale, nè gli lascia l'opportunità di esplicare pacificamente le sue forze.

Deve riconoscersi che molte guerre sono sorte da questi attriti e ch'è difficile sottoporre tali asperità a un giudizio supremo, poichè questo non deve fondarsi su principii di diritto ma su motivi d'opportunità politica, cosicchè gl'interessi dei due popoli cozzano irreparabilmente. Ma non è esclusa la possibilità che in avvenire si formino delle norme per l'arbitramento e che divenga più o meno efficace la soluzione di questi problemi internazionali. Una volta preparata la via in questo senso, nel corso dei secoli si avvicinerà il tempo della pace perpetua com'è venuto quello della pace interna, dopochè la legislazione generale ha reso possibile alle famiglie e alle generazioni di esplicare la propria attività nello Stato e ha porto il destro a ogni cittadino di esplicare entro certi limiti la propria personalità, al di là di certe barriere. Oggi è essenziale soltanto trattare accortamente questo

Digitized by Google

problema e preparare le norme degli arbitramenti facendo tesoro dell'esperienza storica, ed è necessario non abbandonare, ma tener ferma l'idea che un giorno dovrà apparire l'angelo della pace.

Noi avremo la pace perpetua solo fra secoli; ma dobbiamo ora cooperare a che questo dono del cielo sia concesso ai nostri nipoti più lontani. Sarebbe una sfiducia nella storia lasciar da canto il problema che aspetta d'esser risoluto solo in un remoto avvenire. Chi crede opportuno tener le braccia al sen conserte per non potersi raggiungere domani la meta è simile all'uomo primitivo che non semina perchè non può raccogliere in una settimana.

FINE.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE.

Prefazione alla traduzione italiana . . Pag. v
Dedica dell'autore . . . . . » xxi
I. Il problema della filosofia del diritto » 1
II. Problemi del diritto penale:
1. Il problema del libero arbitrio . » 33
2. Diritto penale ed opera ausiliaria della morale . . . . . » 73
3. Pena e sicurezza pubblica . . » 87
4. Criminalità e mezzi di prevenzione . . . . . » 90
5. Tipi di delinquenti . . . . . » 101
III. Problemi della procedura penale:
1. Considerazioni generali. . . . » 113
2. Critica delle prove e psicologia. » 125
3. La giuria . . . . . » 133
IV. Problemi del diritto di associazione » 143
V. Problemi di procedura civile . . . » 155
VI. Problemi di diritto internazionale . » 169

Digitized by Google

Digitized by Google

Biblioteca di Cultura Moderna

(elegante collezione in-8°).

1. **ORANO P. - Psicologia sociale** — Volume di pag. 355 . . . . . **L. 3,—**

2. **KING B. e OKEY T. - L'Italia d'oggi** — *Seconda edizione italiana riveduta dagli autori,* con una prefazione di B. CROCE - Volume di pag. 520 . . . . . **4,—**

3. **CICCOTTI E. - Psicologia del movimento socialista** — Volume di pag. 320 . **3,—**

4. **AMADORI-VIRGILJ G. - L'Istituto famigliare nelle Società primordiali** — Volume di pag. 270 . . . . . **2,50**

5. **MARTIN A. - L'Educazione del Carattere.** Prima traduzione italiana autorizzata dall'autore e corredata di copiose note per cura del Prof. A. SCUPPA con prefazione del Prof. S. DE DOMINICIS - *Opera premiata dall'Accademia francese delle scienze morali e politiche.* (Esaurito).

Digitized by Google

6. **DE LORENZO G. - India e Buddhismo antico** — Volume di pag. 300 . . **3,50**

7. **SPINAZZOLA V. - Le origini e il cammino dell'Arte** — Volume di pag. 350 *con 64 incisioni nel testo* **3,50**

8. **DE GOURMONT R. - Fisica dell'Amore.** *(Saggio sull'istinto sessuale)* con una prefazione di GIUSEPPE VORLUNI — Volume di pag. 330 in carta inglese . . **3,50**

9. **CASSOLA C. - I Sindacati industriali** — *(Cartelli - Pools - Trusts)* — *Premiato dall'Accademia Reale di Napoli* — Volume di pag. 330 . . . . . **3,50**

10. **MARCHESINI G. - Le finzioni dell'anima.** *(Saggio di Etica pedagogica)* - Volume di pag. 300 . . . . . **3,—**

11. **REICH E. - Il Successo delle Nazioni** — Traduzione di G. CHIMENTI - Volume di pag. 300 . . . . . **3,—**

12. **BARBAGALLO C. - La fine della Grecia antica** — *Premiato dalla R. Accademia dei Lincei* - Volume di pag. 531 . **5,—**

13. **NOVATI F. - Attraverso il Medio Evo** — Volume di pag. 400 . . . . . **4,—**

Digitized by Google

14. **SPINGARN I. E. - La critica letteraria nel Rinascimento** - Volume di pag. 350 **4,—**

15. **CARLYLE T. - Sartor Resartus** — Traduzione e note di F. e G. CHIMENTI — Volume di pag. 360 . . . . . **4,—**

16. **CARABELLESE F. - Nord e Sud attraverso i secoli** — Vol. di pag. XII-214 **3,—**

17. **SPAVENTA B. - Da Socrate a Hegel** — Nuovi saggi di critica filosofica a cura di G. GENTILE - Volume di pag. XVI-432 **4,50**

18. **LABRIOLA A. - Scritti varii di filosofia e politica** — Editi e inediti, raccolti e pubblicati da BENEDETTO CROCE - Volume di pag. VIII-508 *col ritratto dell'autore in eliotipia* . . . . . **5,—**

19. **BALFOUR A. J. - Le Basi della Fede** — Traduzione dall'8ª edizione inglese di G. CHIMENTI - Volume di pag. 310 **3,—**

20. **DE FREYCINET C. - Saggio sulla Filosofia delle Scienze** — *Analisi - Meccanica.* Traduzione di EMILIO BARTOLI — Volume di pag. XVI-330. . . . . **3,50**

Digitized by Google

21. **CROCE B. - Ciò che è vivo e ciò che è morto della filosofia di Hegel** — Volume di pag. XVII-282 . . . . . **3,50**

22. **HEARN L. - Kokoro** *(Cenni ed echi dell'intima vita giapponese)* — Traduzione di G. DE GEORGIO - Volume di pag. 350 **3,50**

23. **NIETZSCHE F. - Le origini della tragedia** *(Ellenismo e Pessimismo)* — Traduzione italiana di MARIO CORSI e ATTILIO RINIERI Volume di pag. 300 . . . . . **3,—**

24. **IMBRIANI V. - Studi letterari e bizzarrie satiriche,** a cura di B. CROCE — Volume di pag. 485 . . . . . **5,—**

25. **HEARN L. - Spigolature nei campi di Buddho** — Traduzione dall'inglese di G. DE GEORGIO - Volume di pag. 300 **3,50**

26. **SALEEBY Dott. C. W. - La preoccupazione** ossia **La malattia del secolo** — Volume di pag. 450 . . . . . **4,—**

27. **VOSSLER K. - Positivismo e idealismo nella scienza del linguaggio** — Traduzione italiana di T. GNOLI — Volume di pagine 314 . . . . . **4,—**

Digitized by Google

28. **ARCOLEO G. - Forme vecchie, idee nuove**
Volume di pag. 288 . . . . . 3,—

29. **Il pensiero dell'Abate Galiani** - Antologia di tutti i suoi scritti editi ed inediti, a cura di F. NICOLINI — Volume di pagine 442 . . . . . 5,—

30. **SPAVENTA B. - La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea,** a cura di G. GENTILE — Volume di pagine XXII-317 3,50

31. **SOREL G. - Considerazioni sulla violenza.** Traduzione di A. SARNO con una introduzione di BENEDETTO CROCE — Volume di circa 350 pagine 3,50

32. **LABRIOLA A. - Socrate** - Nuova edizione a cura di B. CROCE — Volume di pagine VIII-279. . . . . 3,—

33. **KOHLER G. - I problemi odierni del diritto** — Traduzione di L. LORDI — Volume di circa 200 pagine . . . 3,—

34. **VOSSLER K. - La divina Commedia** - *Studiata nella sua genesi e interpretata.* Tradotta da S. JACINI - Parte I - Vol. I. Volume di pagine VII-265 . . . 4,—

Digitized by Google

AL

PROF. CARLO FADDA

DELL'UNIVERSITÀ DI NAPOLI

OMAGGIO DELL'AUTORE.

Digitized by Google

BARI - GIUS. LATERZA & FIGLI - EDITORI

D'IMMINENTE PUBBLICAZIONE:

ARCOLEO G. - I grandi umoristi.

FESTA G. B. - Un galateo femminile italiano del Trecento.

ROYCE J. - Lo spirito della filosofia moderna.

SPAVENTA S. - La Politica della Destra.

GENTILE G. - Il Modernismo e i rapporti tra Religione e Filosofia.

Digitized by Google

Classici della Filosofia Moderna

Collana di testi e di traduzioni

a cura di B. CROCE e G. GENTILE

---

1. **HEGEL G. G. F. - Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio** - Trad. da B. CROCE Volume di pag. XXVI-523 . . **L. 7,—**

2. **GIORDANO BRUNO - Opere italiane** - con note di G. GENTILE — **I. Dialoghi metafisici** - Volume di pag. XXIV-420 **6,—**

3. **KANT E. - Critica del Giudizio** — Tradotta da A. GARGIULO — Volume di pagine XIV-360. . . . . **5,50**

4. **HERBART G. F. - Introduzione alla Filosofia** — Tradotta da G. VIDOSSICH — Volume di pag. XII-322 . . . . **6,—**

5. **SCHELLING F. - Sistema dell'idealismo trascendentale** - Tradotto da M. LOSACCO - Volume di pag. XIII-320 . . . . **6,—**

Digitized by Google

6. **GIORDANO BRUNO - Opere italiane - II. Dialoghi morali** a cura di G. GENTILE - Volume di pag. XVI-500 . . . . **7,—**

7. **BERKELEY G. - Principii della conoscenza e dialoghi tra Hylas e Filonous** — Tradotti da G. PAPINI — Volume di pagine XII-241 . . . . . **4,50**

8. **LEIBNIZ G. G. - Nuovi saggi sull'intelletto umano** — Tradotti da E. CECCHI — *Parte Prima - Libri I-II* — Volume di pag. XIII-260. . . . . **5,—**

9. **KANT E. - Critica della ragion pratica** — Tradotta da F. CAPRA — Volume di pagine VII-196 . . . . . **4,50**

SEGUIRANNO PROSSIMAMENTE:

KANT E. - Critica della ragion pura, trad. da G. LOMBARDO-RADICE.

HUME D. - Ricerca sull'intelletto umano e sui principi della morale, trad. da G. PREZZOLINI.

In preparazione: le opere principali di Campanella, Bacone, Cartesio, Spinoza, Hobles, Vico, Locke, Fichte ed Hegel.

Digitized by Google

BARI - GIUS. LATERZA & FIGLI - EDITORI

Benedetto Croce

FILOSOFIA DELLO SPIRITO

Vol. I - ESTETICA COME SCIENZA DELL'ESPRESSIONE e LINGUISTICA GENERALE - *Terza edizione riveduta* — Volume in-8° (in carta a mano) di pagine XXIII-583 . . . . . 8,—

Indice: Avvertenza — Sommario — I. Teoria — II. Storia dell'Estetica — Appendice bibliografica — Indice dei nomi della « Storia ».

Vol. II - LOGICA COME SCIENZA DEL CONCETTO PURO - *Seconda edizione interamente rifatta* — Volume di circa pagine 400 . . . . . 6,—

Vol. III - FILOSOFIA DELLA PRATICA. Economica ed etica — Volume in-8° di pag. 420 . . . . . 6,—

Contiene: Parte I: L'attività pratica in generale — Parte II: L'attività pratica nelle sue forme speciali — Parte III: Le leggi.

Seguiranno parecchi volumi di saggi filosofici.

Digitized by Google

BARI - GIUS. LATERZA & FIGLI - EDITORI

Anno VII 1909

LA CRITICA

RIVISTA DI LETTERATURA STORIA E FILOSOFIA

DIRETTA DA

BENEDETTO CROCE

Questa rivista, la cui efficacia sulla cultura in Italia va sempre crescendo, ha un programma pel quale si distingue da tutte le altre del medesimo argomento.

Essa è divisa in tre parti: **articoli, recensioni** *e* **varietà.** *I primi sono destinati a tracciare il quadro della produzione letteraria e scientifica d'Italia nella seconda metà del secolo XIX; e già il* CROCE *vi ha pubblicato ventotto saggi critici, e il* GENTILE *si è occupato della filosofia in Italia dopo il 1850. Ciascuno di questi saggi è accompagnato da copiose note bio-bibliografiche.*

Le recensioni rendono conto dei più importanti libri italiani e stranieri, nell'indicato campo di studi, e sono tutte di indole critica e informate ad un ordine ben determinato d'idee.

Le varietà, infine, trattano questioni vive di metodica delle scienze, di estetica, di pedagogia, o contengono ricerche storiche e documenti inediti di singolare importanza.

Si pubblica ogni due mesi in fascicoli di 80 pagine.

Abbonamento annuo	L.	8,—
Per l'estero. . . .	»	9,—
Fascicolo separato .	»	1,50

Sono disponibili:

L'annata 1903, seconda edizione, in volume L. 10,—

Le annate 1907 e 1908, ognuna al prezzo di L. 8,—

Le annate 1904-905-906 si ristamperanno man mano che si raggiungerà il numero delle prenotazioni occorrenti a coprire le spese.

Digitized by Google

BARI - GIUS. LATERZA & FIGLI - EDITORI

Anno XXVIII 1909

LA CVLTVRA

RIVISTA CRITICA

FONDATA DA **RUGGERO BONGHI**

DIRETTA DA

C. DE LOLLIS e N. FESTA

L'amministrazione di questa rivista, dal 1° gennaio 1909, è stata assunta dalla nostra Casa.

La lunga tradizione, l'indole battagliera, l'indipendenza dei giudizii, la riconosciuta autorità degli illustri direttori, la raccomandano abbastanza, e, data la cura che noi metteremo nell'amministrarla, serviranno certamente a darle una maggiore diffusione.

Si pubblica il 1° ed il 15 d'ogni mese in fascicoli di 16 pagine con copertina.

Abbonamento annuo	L.	7,—
Per l'estero. . . .	»	9,—
Fascicolo separato .	»	0,40

L'abbonamento cumulativo alla " Critica „ e alla " Cultura „ costa L. 14 per l'Italia e L. 17 per l'Estero.

Digitized by Google

BARI - GIUS. LATERZA & FIGLI - EDITORI

I DISCORSI
di Gotamo Buddho
del Majjhimanikayo

per la prima volta tradotti dal testo pali

da

K. E. NEUMANN e G. DE LORENZO

PRIMO MEZZO CENTINAIO

CONTENUTO:

PARTE I. — **Libro del principio.**

1. Principio — 2. Ogni mania — 3. Eredi della dottrina — 4. Spavento e terrore — 5. Innocenza — 6. Desiderio per desiderio — 7. Il paragone della veste — 8. Discarico — 9. La retta cognizione — 10. I pilastri del sapere.

PARTE II. — **Libro del ruggito di leone.**

11. Il ruggito di leone — 12. Il rabbrividire — 13. Il tronco del dolore (1) — 14. Il tronco del dolore (2) — 15. La misura — 16. Le angustie del cuore — 17. Solitudine silvestre — 18. Il buon boccone — 19. Due sorta di deliberazioni — 20. Svanire delle deliberazioni.

PARTE III. — **Libro dei paragoni.**

21. Il paragone della sega — 22. Il paragone della serpe — 23. Il formicaio — 24. Le stazioni di posta — 25. La pastura — 26. Il santo fine — 27. L'orma dell'elefante (1) — 28. L'orma dell'elefante (2) — 29. Il paragone del legno (1) — 30. Il paragone del legno (2).

PARTE IV. — **Primo libro delle coppie.**

31. Nel bosco Gosingam (1) — 32. Nel bosco Gosingam (2) — 33. Il bovaro (1) — 34. Il bovaro (2) — 35. Saccako (1) — 36. Saccako (2) — 37. Annientamento della sete (1) — 38. Annientamento della sete (2) — 39. Presso Assapuram (1) — 40. Presso Assapuram (2).

PARTE V. — **Secondo libro delle coppie.**

41. I brahmani di Sala — 42. I brahmani di Veraniam — 43. Le spiegazioni (1) — 44. Le spiegazioni (2) — 45. Il modo di vivere (1) — 46. Il modo di vivere (2) — 47. L'indagatore — 48. Presso Kosambi — 49. Visita a Braha — 50. Māro respinto.

Elegante volume in-8° grande di pag. 530 in carta inglese legato in pergamena e oro

Prezzo L. 20,00.

Digitized by Google

MANUALI LATERZA

(in-32°, elegantemente legati in tela).

1. **MARTINI C. - Istituzioni di diritto marittimo** — Volume di pag. 230 . **L. 2,50**

2. **MALDARI L. - Il Concordato Preventivo ed i piccoli fallimenti** — *Manuale della pratica giudiziaria nelle suddette procedure.* Contenente la legge del 24 maggio 1903 N. 197, annotata e corredata del formulario di tutti gli atti occorrenti, ad uso dei *funzionari giudiziari, avvocati, procuratori, ragionieri, commissari giudiziali e commercianti* - Volume di pag. 150. **1,50**

3. **BARDI P. - Grammatica Inglese** - *Seconda edizione* (3°, 4°, 5° migliaio) — Volume di pag. XXIV-458 . . . . . **3,50**

4. **SOMMA U. - La stima dei terreni a colture arboree** — Volume di pag. VIII-260, con Appendice . . . . . **3,—**

Digitized by Google

5. **TIVARONI JACOPO - Compendio di scienza delle finanze** — Volume di pagine x-268 . . . . . 3,—

6. **CHIMENTI G. - Commercial Englis & Correspondence** — Volume di pagine XVI-249 . . . . . 3,—

7. **GAISBERG S. Frhr. - Manuale del Montatore Elettricista per impianti d'illuminazione** - Traduzione della 33ª edizione tedesca di R. LUZZATI e I. MIGLIAU con 182 figure — Volume di pag. XVI-310. 3,—

8. **AMATUCCI A. G. - Dalle rive del Nilo ai lidi del "Mar nostro,,** *Vol. I. Oriente e Grecia* — Volume di pag. XV-225 con 7 carte geografiche **2,50**

— — *Vol. II. Roma.* In corso di stampa.

IN PREPARAZIONE:

Ing. NENCHA P. A. - Applicazioni pratiche di servitù prediali - *Manuale per il perito tecnico-legale.*

RENY C. - Infortuni del lavoro. Valutazioni delle incapacità permanenti fondata sulle funzioni delle diverse parti del corpo utili al lavoro.

Digitized by Google

OPERE VARIE

ABIGNENTE F. - La Moglie - *Romanzo* — Volume in-8° di pag. 310 - *Nuova edizione economica* . . . . . **L. 1,50**

AMATUCCI A. G. - Il pensiero di E. Ibsen *(Esaurito).*

— **Hellas** *(Disegno storico della civiltà greca)* Vol. I - Dai tempi più antichi al secolo V av. Cristo - *Terza edizione* - Volume in-8° di pag. 350, *riccamente illustrato* . **3,—**

— — Vol. II - Dal secolo V al II avanti Cristo - *Seconda edizione* - Volume in-8° di pag. 347, *riccamente illustrato* . **3,—**

BARAGIOLA A. - Il canto popolare tedesco Vol. in-16° di pag. 115 . . . . **1,00**

BARTOLI E. - Devasmitâ - *Novella indiana* di SOMADEVA — Volume in-8° di pagine 90 . . . . . **1,50**

Digitized by Google

Digitized by Google

BATTELLI A., OCCHIALINI A. e CHELLA S. - La Radioattività — *Opera premiata dal R. Istituto Lombardo* - Volume di circa pag. XII-438, riccamente illustrato . . . . . **8,—**

BERTOLINI A. e GRAZIADEI A. - La rinnovazione dei trattati di commercio e gl'interessi della provincia di Bari — Volume in-8° di pag. 75 . . . . . **1,50**

BONIFACI G. - Stime catastali — *Seconda edizione*, con notevoli aggiunte e corredata di una tavola in cromo-litografia — Volume in-8° di pag. 40 . . . **1,50**

CADOLINI G. - L'Acquedotto delle Puglie Volume di pag. 80 . . . . **L. 0,75**

CARDOSI F. S. - La questione famigliare — Con prefazione di TERESA LABRIOLA - Volume in-8° di pag. 100 . . . . **1,00**

Carta della Provincia di Bari compilata dall'Ing. L. RIZZI — Carta geografica alla scala di 1 : 150000 - Un foglio tirato in 6 tinte di cm. 112 × 80, piegato tascabile con copertina, o in foglio . . . **2,50**

— Montata su tela, con aste e verniciata **6,—**

Digitized by Google

CERVESATO A. - Primavera d'idee nella vita moderna — *Inchiesta internazionale con oltre 100 risposte* — Volume in-8° di pag. 270 . . . . . **2,50**

— **Contro Corrente** - *Saggi di critica ideativa* Volume in-8° di pag. 300 . . . **3,—**

CHIARINI C. - La casa della fama — *Di una imitazione inglese della Divina Commedia* di G. CHAUCER - Volume in-16° di pag. 115, col ritratto di CHAUCER . . . . **1,—**

CHIMIENTI P. - Bismark nei suoi Ricordi e Pensieri - *Saggio politico* - Volume in-16° di pag. 155 col ritratto di BISMARCK **1,—**

CLAVARI L. e ATTILJ S. - La Vita della Posta — *Nella leggenda, nella storia e nell'attività umana* - Volume in-8° di pag. 400, *riccamente illustrato* . . . . . **5,—**

COTUGNO R. - La Puglia nella questione meridionale — *(Esame - Voti - Proposte)* - Volume di pag. 168 . . . . . **1,50**

CROCE B. - Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia - *Memoria letta all'Accademia Pontaniana* — Un fascicolo in-4° di pag. 54 . . **2,—**

Digitized by Google

Digitized by Google

FEDERN C. - La verità sul processo contro la contessa di Linda Murri-Bonmartini — Volume in-8° di pag. 240 . . . **3,—**

FLAMMARION C. - L'ignoto e i problemi dell'anima - Con introduzione di P. VISANI-SCOZZI - Volume in-8° di pag. 472 . **3,50**

GARRONE N. - Trattato di scienza del commercio - Vol. I - *Le condizioni di esistenza e di sviluppo del commercio.* **7,50**

GORKI M. - I Vagabondi — *Novelle* - Volume in-16° di pag. XIII-280 . . **2,50**

IBSEN E. - Terje Vigen - In alto — *Poemetti* Con un cenno biografico sull'autore di R. MANZINI - Vol. in-16° di pag. 50. **0,75**

KLIMPERT R. - Storia della Geometria — Traduzione dal tedesco con note ed aggiunte di P. FANTASIA - Volume in-8° di pag. 335 con 139 figure nel testo. **4,—**

LUZZATI R. - Impianti elettrici in Puglia Volume di pag. 45 con 10 figure. **0,50**

MALAVASI G. - Cours de français commercial *(esaurito).*

Digitized by Google

MALAVASI G. - Petit cours de français commercial *à l'usage des écoles commerciales et techniques, des maisons de banque, de commerce et d'industrie — Ouvrage extrait du « Cours de français commercial »* - Volume in-8° di pag. 265 **2,50**

MARLOWE C. - La tragica storia del Dottor Fausto — Traduzione con prefazione e note di P. BARDI — Volume in-8° di pag. XXXI-95. . . . . **1,50**

PALOMBELLA C. - L'Emigrazione nella Provincia di Bari - *Saggio di economia sociale con documentazione statistica* — Volume in-8° di pag. 90. . . . **2,50**

PARISI G. - Il divorzio nella scienza e nella legislazione — *Premiato con medaglia di argento all'Esposizione Partenopea permanente* - Volume in-16° di pag. 85 . **1,60**

PASTORE F. - Modelli di calligrafia - *5. edizione* — Un album di 35 tavole formato cm. 14 × 35. . . . . **1,80**

— **Falserighe coordinate ai modelli di Calligrafia** — Busta di 16 modelli . **0,60**

PESCE P. D. - Riflessi - *Note di critica* — Volume in-16° di pag. 210. . . **2,50**

Digitized by Google

Pianta della città di Bari - *Alla scala di 1:5000*
Un foglio a colori di cm. 65 × 60 **0,75**

— Piegato, tascabile con copertina . **1,—**

PIZZI I. - Pessimismo orientale — Volume in-16° di pag. 130. . . . . **1,—**

PLAUTI ACCI M. - Amphitrvo — Edidit A. J. AMATUCCI - Vol. in-8° di pag. 60 **1,—**

PLAUTO M. T. - L'Anfitrione - Gli Asini - Tradotti in versi martelliani da SALVATORE COGNETTI DE MARTIIS col testo a fronte riveduto dal traduttore, con varianti e note critiche e la traduzione degli argomenti del dott. A. G. AMATUCCI - Volume in-8° di pag. 240. . . . . **2,50**

— **Commedie** *(Anfitrione - Asini - Pentolina - Bacchidi)* tradotti da SALVATORE COGNETTI DE MARTIIS - Vol. in-8° di pag. 250 **2,50**

QUARTO DI PALO A. - La locazione dei fondi rustici e il contratto del lavoro agricolo nella provincia di Bari — Volume di pag. 90 . . . . . **1,25**

ROTH G. - I focolari della mosca olearia e la loro distruzione — Volume in-16° di pag. 30 . . . . . **1,—**

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

I.

Il problema della filosofia del diritto.

§ 1.

Dopo che per cinquant'anni la filosofia esulò del tutto dalle scienze giuridiche, ed appena si parlò di filosofia del diritto, nè questa fu di guida altro che nelle lezioni, solo perchè un tempo così si era usati, essendo noi subentrati all'êra che fu completamente antifilosofica finchè una buona volta per le banalità di Ihering il mondo si scosse spaventato e gli si affacciò l'angosciosa questione se per avventura simili cose superficiali fossero il sangue del nuovo pensiero, si è oramai iniziato un confortevole mutamento e si è visto che il diritto ha bisogno soprattutto della filosofia e che senza di essa sono membra disgiunte tutti gli sforzi nostri, perchè loro manca una potenza organatrice. Il principio della scuola storica — della relatività del diritto — che noi abbiamo sempre più accentuato nella giurispru-

Digitized by Google

denza comparata, è stato del tutto frainteso. Poichè il diritto è relativo e subisce l'influenza degl'interessi di una data civiltà, si ritenne che anzitutto gli mancasse un principio fondamentale; si abbandonò ogni differenza fra il diritto qual'è e quale dovrebbe essere e si giunse all'arrischiata conseguenza che il diritto positivo è il diritto qual deve essere e che un diritto ne vale un altro qualunque. Perciò sarebbe altrettanto giusto che una legge prescrivesse che i ragazzi debbano essere educati, o che un'altra ponesse la norma che li si debbano uccidere o che ognuno debba affogare i bimbi altrui. E se per caso una legge volesse che i cittadini dovessero apparire per istrada nel costume delle carte del '66, questo non sarebbe meno giusto che ospitare nella casa comunale l'assassino e appendere alla forca l'uomo più onesto. Tali gibbosità positivistiche furono tanto raccapriccianti che non più potè rimanersi nell'ombra la vera idea che da molti anni insegnai: che il diritto è sì relativo, ma c'è nella vita e nella civiltà del popolo una sua generale determinazione, che dev'esser tale da facilitare l'una e l'altra.

Per quanto differente nei particolari, la tendenza fondamentale è la stessa, il progresso cioè

Digitized by Google

per mezzo dell'ordinamento coattivo delle cose, e se non c'è un diritto assoluto per tutti i tempi, c'è pure in ogni epoca un rapporto costante, quello cioè intercedente fra il diritto e la civiltà, che deve avere un diverso contenuto proprio per l'infinita molteplicità dei diversi ordinamenti umani, precisamente come gli esseri organici sono costretti da un identico istinto, che porta però a svariate forme singole, a norma delle condizioni d'esistenza.

Questa è la sola vera conciliazione fra la filosofia del diritto e la storia del diritto, ed era preparata dall'idea che il diritto è un aspetto della civiltà, e dall'altra che la civiltà degli uomini è smisuratamente varia.

Ma la civiltà è l'evoluzione delle forze dell'umanità verso una forma rispondente ai fini del genere umano.

Posto così il diritto nella corrente della civiltà, è posto in pari tempo in tutta la storia del progresso umano, poichè storia della civiltà è storia del progresso; per conseguenza il diritto può essere riconosciuto solo come prodotto storico degli sforzi dell'umana civiltà e come un mezzo di formazioni ulteriori e di evoluzione mondiale rispondente ai requisiti del progresso universale.

Digitized by Google

Chi vuol riconoscere in ciò il diritto deve riconoscere la civiltà e deve riconoscere quali ideali persegue la civiltà umana; il che ci porta alla filosofia, e questa come ogni altra parte della filosofia non può esser riconosciuta isolatamente. Solo chi fa suo un sistema del mondo può abbracciare il progresso della civiltà nella sua importanza e valutare gli elementi che in parte sono creature di essa, in parte mezzi di progresso per ulteriori formazioni. Questo non avrebbe dovuto esser mai sconosciuto, e molto errato è il credere che una filosofia universale potrebbe essere principalmente solo un fatto di fede, e non di conoscenza; poichè se la fede supera col sentimento le vie del pensiero e si fabbrica un ponte intuitivo ai problemi più elevati, non è per questo escluso che il nostro proprio pensiero abbracci pure coll'occhio i problemi del mondo e che noi coi mezzi ausiliari della più rigorosa conoscenza, li prendiamo di assalto e cerchiamo di risolverli.

§ 2.

Niente è più errato di quella concezione positivistica che parte solo da alcuni dati e non crede che si possa penetrare nell'interno.

Digitized by Google

Ciò che si è sostenuto in questo riguardo è già stato esposto lungamente dai sofisti greci ed abbattuto dalla più profonda filosofia greca (1).

Innanzi tutto nessuna concezione universale può prescindere da una grave questione: come ci dobbiamo riferire al mondo esteriore, se dobbiamo cioè considerarlo solo come il prodotto della nostra rappresentazione interna, o se alla nostra rappresentazione corrisponda qualche cosa esterna che esiste ugualmente anche se noi prescindiamo da noi stessi e da tutto il nostro essere. Se ammettiamo che tutto il sistema con cui concepiamo le cose sia una vera grande illusione del nostro spirito o che le cose del mondo esteriore secondo la loro azione su noi producano nel nostro spirito una tale falsificazione che non siamo in grado di scorgere il reale, rettificando l'errore, dobbiamo abbandonare la nostra scienza e gettarci in grembo all'aridità dello scetticismo. Quindi nessuna scienza può esimersi da questa questione teoretica della

---

(1) Anche recentemente nota con acume Adolfo Levi, *L'indeterminismo:* « l'esperienza non può mai dare qualche cosa di logicamente necessario ed universale; e quindi se la concreta nozione dei fenomeni è un puro dato empirico, non ne è dimostrabile la necessità assoluta ».

Digitized by Google

conoscenza. Ma questa questione può essere risoluta solo dalla filosofia e non coi mezzi di conoscenza dei sensi; poichè si tratta proprio di ricercare qual rapporto ha questa conoscenza col mondo esteriore, e questa questione verte sull'osservazione percettiva.

A questo si riferisce anche ciò, che se pure non penetriamo così al fondo delle cose, si deve però ammettere che tutta la nostra conoscenza non riposa mai sulla percezione dei sensi, ma la percezione ricollega, e tenta perciò di far derivare leggi o in base a sillogismi particolari o in base alla sintesi; e se si vuol conchiudere principalmente in forza dell'osservazione (induzione) si deve mettere come fondamento del procedere induttivo un riferimento dello spirito al mondo fenomenico: dunque noi dobbiamo ancora avere per ciò una base, che cioè i nostri giudizi non sono fantasmi necessarii, ma ci portano a risultati che ci metton d'accordo col mondo esteriore. Chi non si fabbrica ponti tra il nostro pensiero ed il mondo esteriore lavora su presupposti senza sostegni e senza punti fissi. Chi crede che sian nulla l'idea e il pensiero non può andare al di là delle prime osservazioni! Chi vuol portare qualche cosa di scientifico deve esplicitamente rendersi conto

Digitized by Google

di ciò che importa l'umano pensiero e in qual rapporto sta esso col mondo fenomenico. Ma questo è possibile solo colla filosofia.

Sicchè tutto il sistema che vuol allontanare dalla scienza la filosofia e basare la scienza semplicemente su dati derivanti da percezioni è inaccettabile; non solo è scienza la filosofia, ma senza di essa non v'è scienza.

Se noi però mettiamo nella scienza leggi che nessuno vede e sente, se noi accettiamo un concetto di spazio che nessuno ha controllato coi sensi, se noi dalla pluralità di sensazioni simili tiriamo delle conseguenze induttive, è questo solo un passo innanzi che facciamo nel campo della metafisica. Noi dall'essere e dal divenire conchiudiamo che è base del tutto una forza generale dotata di una inconsapevole tendenza ad uno scopo, e come parliamo di appartenenza a un organismo complesso, per ciò che riguarda gli organi del singolo organismo, così siamo convinti che un'evoluzione organica sta a base della storia; e se noi guardiamo lo svolgersi temporaneo degli eventi, contempliamo un meraviglioso spettacolo nelle cui ultime fasi scorgiamo lo svolgersi progressivo di germi che già esistevano nella base. Vediamo che non solo piante e animali, ma anche le comunità, ma anche

Digitized by Google

DR. GIUSEPPE KOHLER

Prof. ord. di diritto nell'Università di Berlino

MODERNI PROBLEMI DEL DIRITTO

UNICA TRADUZIONE ITALIANA AUTORIZZATA

DELL'AVV. LUIGI LORDI

CON PREFAZIONE

DEL PROF. LUIGI FERRARA

BARI
GIUS. LATERZA & FIGLI
TIPOGRAFI-EDITORI-LIBRAI
1909

Digitized by Google

i popoli presentano un dato progresso, che nel complesso si mostra il carattere di un popolo (1); e che ogni popolo mostra talune peculiarità che lo distinguono dagli altri; sicchè riusciamo a ricollegare il divenire nel tempo a una certa causalità e a porre il principio che è inconcepibile che tale evoluzione si compia atomicamente e che i singoli organismi siano senza interno e reciproco collegamento.

Pertanto raggiungiamo i confini della cosiddetta conoscenza empirica e la questione dell'importanza e della determinazione della civiltà ci porta al di fuori dei limiti della conoscenza empirica, ossia proprio nel mondo della così detta metafisica. Quivi c'è alcunchè di problematico, poichè come mai a queste altezze possiamo raggiungere l'ultima conoscenza? Pur tuttavia è certo che l'umanità è in rapporto coll'universo e il progresso della civiltà umana è collegato ai fini della storia universale. Per questo chi vede nella creazione solo un muoversi caotico di forze esterne mostra di non essere giunto a questo gradino del pensiero; egli principalmente non può

---

(1) Così brillantemente GINER DE LOS RIOS *Filosofia y Sociologia* pag. 8 e segg. Che la società non sia una semplice unione (yuxtaposición) d'individui..... potrebbe dirsi oggi principio comune.

Digitized by Google

qui discutere, chè gli manca ogni cognizione sistematica per anche solo presentire l'importanza di tutto lo svolgimento dell'umanità; tutta la civiltà gli resta incomprensibile; egli non è in grado di stabilire alcun nesso, e può vedere nel tutto soltanto un caleidescopio che dà una gradevole figura prismatica, meramente accidentale, ma senza significato e senza conseguenze.

Di tutta questa relazione fra civiltà e progresso mondiale siamo debitori senza altro ai grandi pensatori dell'antichità; è l'idea di Platone non meno che d'Aristotele, ma Hegel è colui che l'ha formulata colla più grande lucidezza ed energia nel suo potente pensiero.

§ 3.

Si è paragonato Hegel a Darwin, ma la teoria hegeliana dell'evoluzione è assai più profonda della darwiniana, meccanica ed esteriore. Essa non dice che in forza di talune accidentalità le diverse specie di cose imperfette divengano perfette, ma parte da ciò che nulla esiste cui nella vita manchi uno scopo. Perciò il progresso è uno sviluppo successivo di forze esistenti internamente; e qui si tratta non pure di una semplice evoluzione di specie zoologica o botanica, ma di

Digitized by Google

una completa evoluzione nel cammino della vita universale, e innanzi tutto dell'evoluzione della civiltà umana.

Perciò la teoria dell'evoluzione è connessa col problema del tempo, in quanto ciò che in esso si svolge deve essere in germe sul limitare del fenomeno, e solo nel tempo trovare il suo progressivo svolgimento. Quindi la teoria dell'evoluzione presuppone l'efficacia del tempo; però essa si basa sulla conoscenza diversamente di come ciò ch'è temporaneo si basa su ciò ch'è fuori del tempo e dello spazio e diversamente dall'esistenza, sopra il tempo e lo spazio, di qualche cosa di più elevato. Anche la dottrina dell'evoluzione si basa sull'idea fondamentale dell'unità e della varietà e della loro conciliazione colla legge di causalità: la causalità lega il passato al presente in una unità terrestre e più che terrestre.

Solo chi ha pratica con questi problemi può parlare di filosofia del diritto. La soluzione dell'ultima questione dell'evoluzione sta nella relatività di tempo e spazio, e nella relatività dei concetti di unità e di pluralità.

Tempo e spazio dominano nel mondo fenomenico: essi non sono apparenza, ma realtà. È errato il considerarli come se fossero solo un ingrediente soggettivo del nostro spirito.

Digitized by Google

La loro realtà non si presenta alla nostra osservazione solo per la fallacia dei sensi, ma anche per la nostra corporalità, per essere contemporanee o no cose diverse. La nostra corporalità mostra da sè nel mondo fenomenico un essere singolo nei riguardi di tempo e spazio. Il dubbio su questo essere sarebbe alla fine il dubbio della nostra propria corporalità e quindi della nostra stessa esistenza. La quale non può sfuggire al tempo e allo spazio così da potersi presentare di fronte ad essi come qualche altra cosa: deve svolgersi nel tempo e nello spazio; quindi se noi crediamo in noi stessi dobbiamo anche credere all'esistenza del tempo e dello spazio.

Noi li ammettiamo, e quindi accettiamo una unità e pluralità della sostanza (1); la soluzione del contrasto fra unità e pluralità è nella legge di causalità: questa collega il particolare al gran tutto, dà alla storia il suo punto d'appoggio; poichè anche nel corso della storia le cose singole sono legate dalla legge delle cause, la quale dà le giunture e le fibre che tengono uniti i singoli organi dell'evoluzione.

---

(1) In Bergson, *Donnés de la conscience* (1889), si trova una spiegazione dell'entità del tempo come di legge esclusivamente ideale, piena di acume ma non convincente. Cfr. su di esso Adolfo Levi, *L'indeterminismo*, pag. 81 e segg.

Digitized by Google

Ma noi crediamo a tutto questo relativamente, poichè è nostra convinzione che lo sviluppo causale nel tempo e nello spazio ha per base un tutto senza tempo nè spazio, che il progresso deve riconoscersi alla luce di questo tutto, e che l'evoluzione non può esser compresa senza ammetter questo tutto, presupponendo essa che già l'avvenire riposi in grembo del passato e del presente.

§ 4.

Noi partiamo da Hegel ma non restiamo con lui. Il suo sistema è razionalistico: egli trova che nel nostro pensiero si nota un costante mettere e levar d'idee, e che la nostra evoluzione psichica si compie in maniera che di una data idea resti il buono e se ne perda il falso. Però il levarsi delle idee non è mai un vero levarsi, ma solo una purificazione del messovi da ciò ch'è men puro. Questo Hegel ha messo pienamente d'accordo coll'evoluzione universale: l'essere è l'idea, l'idea è l'essere, epperò l'evoluzione universale è quasi un tale mettere e abbandonare concetti. Tale comparazione è giusta in quanto si distingua l'idea universale dalla nostra idea umana e si conside-

Digitized by Google

rino gli sforzi verso un dato scopo, nell'universo, come una specie di pensare inconsapevole, poichè anche in essi deve notarsi un contenuto ideale, un progresso intellettuale, uno svolgersi conforme a ragione. Però è erronea la parificazione, se si presenta l'evoluzione come personificata, riattaccando il pensiero universale a quello umano, senz'altro. Il che è tanto erroneo quanto il principio della scolastica che attribuisce alla divinità pensiero e volontà umana. In tal errore è caduta la filosofia hegeliana. Chi se ne libera, riconosce poi giusto il suo sistema, e, indiscutibilmente, il punto di partenza della filosofia avvenire è questo e non altro; solo dobbiamo separare il pensiero universale dall'umano: il pensiero dell'universo in rapporto all'uomo è civiltà:

> Il mio sonno è sogno
> il mio sogno meditazione
> la mia meditazione è il regno del sapere:
> Pure, se io dormo
> vegliano le Parche:
> esse tessono le fila
> e tramano devotamente ciò che io conosco!...
>
> (WAGNER, *Sigfrido*).

La filosofia d'Hegel fu un tentativo sbagliato solo in quanto portò nelle branche dell'evolu-

Digitized by Google

zione le categorie dell'umano pensiero. Noi dobbiamo andare più addentro e poter conoscere con una ricca esperienza le leggi universali dell'evoluzione nella civiltà umana: solo così può riuscirci di provare, per via dell'empirico, i lineamenti di ciò ch'è necessario nell'evoluzione universale. Ecco l'essenza del neohegelianismo. Accettando la grande teoria hegeliana dell'evoluzione, l'idea dell'unità nella pluralità, e l'idea della relatività del tempo, noi cerchiamo di completarle e di dar loro il contenuto di una ricca esperienza, con infiniti studi di popoli, noi cerchiamo di trarre leggi universali coll'osservazione empirica. Pel suo tempo fu inevitabile l'errore d'Hegel, poichè allora si aveva appena della civiltà la conoscenza necessaria ad abbracciare l'evoluzione e le forze, e a ricercare come si formi empiricamente lo svolgimento della civiltà. Questo è stato tutto opera della scienza più recente e noi siamo andati tanto oltre da mostrare così nella religione come nel diritto alcune forme esistenti nell'animo umano e che operano come creatrici di civiltà. Chi sostiene che la filosofia hegeliana stia e cada con questo errore d'Hegel dimostra di non aver capito Hegel e di non saper distinguere la scorza dal frutto. Il che poteva andare per un uomo come Stahl; egli aveva a

Digitized by Google

scusa non solo la sua superficialità, ma anche il suo tempo; oggi questo non può andare.

Per una più esatta conoscenza del neohegelianismo, quale esso è di fronte all'antico, aggiungo qui alcune spiegazioni date altra volta [nel « Tag » del 4 febbraio 1906].

« Fu indubbiamente un errore di Hegel credere che il gran mondo col suo divenire e camminare si regolasse secondo date categorie d'idea. Noi siamo avvezzi a considerare non a priori gli svariatissimi germi di vita contenuti nell'evoluzione intellettuale, ma a riconoscere la forma infinita dell'attività nella sua realtà: l'idealità che le corrisponde è quasi il suo sfondo metafisico. Alla volontà e al governo della vita è dato un immenso arbitrio, e non « ogni giorno della settimana Dio paga lo scotto ». Solo nei più grandi spazî mediani si può comprendere la legge dell'intelligenza. Di ciò è convinto il neohegelianismo: esso sa che una sterminata folla di particolari combina la storia universale, e cerca di ritrovarli, e li innalza a obbietto del suo studio; ma anche esso sa che dietro ad essi v'è un gran tutto: il tutto è la civiltà umana che si deve svolgere secondo leggi fisse.

« Cosi l'Idea di Hegel diventa la civiltà umana, e invece di un movimento dialettico abbiamo la

Digitized by Google

storia della civiltà, nel senso che molte e svariate cose accadono, ma che dietro ad esse v'è un tutto senza tempo nè spazio, che si svolge nel tempo e che fa svolgere i germi di vita onde questo tutto è dotato, sicchè non siano gli eventi storici un caos di ciechi particolari, o un aggirarsi qua e là di accidentali atomi intelligenti; la vita della storia invece serve a uno scopo grandioso, e perciò è ragionevole. Solo così la storia diviene scienza. Fu specialmente un gran merito di Dilthey averci recentemente procurato, collo studio delle opere giovanili di Hegel un nuovo sguardo nel divenire di quella mente la cui filosofia delle religioni e la cui estetica ancor oggi formano la nostra meraviglia.

« Il positivismo importato dalla Francia è un sistema gretto e insufficiente, o piuttosto la negazione del sistema: è null'altro che un materialismo annacquato e un ritorno all'opera degli Enciclopedisti. È esso simile all'osservatore, che, portagli un'opera di musica, riconosce solo il seguirsi dei suoni e la studia solo nelle sue più belle particolarità, ma nulla sente e non ha il sentimento del valore dell'insieme. Ma il filosofo è simile a chi sa di sentire, e conosce in un colpo d'occhio ciò che vale la smisurata quantità delle svariate note dileguantisi: egli comprende la por-

Digitized by Google

tata di quei movimenti, e comprende l'infinita profondità del pezzo che per opera sua diviene cosa. Il legame di ambedue le conoscenze, del particolare e dell'universale è opera del neohegelianismo.

« È indiscutibile che anche la filosofia schopenhaueriana, malgrado le proteste di Schopenhauer, è, in fondo, sostanzialmente hegeliana, non potendosi altrimenti concepire la volontà mondiale schopenhaueriana che come svolgimento dell'Idea assoluta nel divenire reale. Potrebbe sembrar meno noto che anche Nietzsche si ricollega fondamentalmente ad Hegel. Il merito principale di Nietzsche è la conoscenza dello svolgimento della storia e della mente umana in essa predominante, sicchè per tanto la personalità non possa essere studiata nel suo valore particolare, ma solo in ciò che la sua opera importa alla storia. In rapporto alla storia la personalità acquista il suo valore assoluto, che deve bene distinguersi dall'individuale valor etico nel campo della piccola, limitata e temporanea zona in cui i singoli vivono. Ciò è mirabilmente esposto da Hegel (*Opere*, vol. VIII, pag. 424 e seguenti) nella Filosofia del diritto: « La probità e la virtù, l'ingiustizia, la violenza e il vizio, il genio e le sue opere, le piccole e le grandi pas-

Digitized by Google

FORTY
K

PROPRIETÀ LETTERARIA

MAGGIO MCMIX - 21625.

BK 2004

Digitized by Google

sioni, l'innocenza e la colpa, la vita fastosa di uomini e di popoli, l'indipendenza, la prosperità e l'infelicità degli Stati e dei singoli hanno una loro data importanza e un loro dato valore nella sfera della nota realtà anche trovano la loro sentenza e la loro sia pur incompleta giustificazione. La storia universale prescinde da questi punti di vista: in essa acquista il suo diritto assoluto quel momento necessario dell'Idea dello spirito universale che è attualmente il suo grado, e il popolo che ci visse, e le sue gesta ne ricevono esecuzione e felicità e gloria ».

« Non può esser detto meglio: la storia è il tribunale del mondo e il superuomo dev'esser apprezzato da esso per ciò che è stato nella storia. Questo ha detto Hegel, il fondatore della filosofia della storia ».

Se qualcuno ha sostenuto che nel nostro sistema vi sia contraddizione fra la scienza realistica del diritto comparato e la storia universale del diritto da un lato e la dottrina dell'Idea dall'altro, nella quale procediamo da Hegel, è questo un errore da miopi; poichè proprio nella conciliazione dell'Idea razionale col reale è il nucleo della ricerca odierna; noi non possiamo dimenticare il tutto dell'Idea nell'abbondanza delle parti, noi dobbiam riconoscere

Digitized by Google

in essa l'emanazione della grande mente divina: quel che vediamo nei particolari si racchiude nel grande tutto.

Si è anche voluto trovare un'altra contraddizione: che in ispecie cioè il nostro panteismo renda impossibile ogni progresso, essendo divina l'evoluzione universale dal principio alla fine, sicchè non sarebbe il principio meno razionale della fine. Falso: la pianta è razionale dal seme sino al fiore e al frutto, eppure si mostra in ciò una evoluzione; v'è quindi un'evoluzione del progresso mondiale dal principio alla fine, e questo proprio è il razionale, poichè il progresso è l'essenza del mondo. Proprio perchè l'eterno si aggira tuttodì in seno al tempo, dev'esserci un'evoluzione; chè altrimenti tutto questo processo non sarebbe un processo evolutivo e il governo della divinità gli contradirebbe, sarebbe in antitesi colla sua essenza razionale.

Ciò senza dubbio ha, benchè incompletamente, riconosciuto Spinoza: ma Spinoza non è anche il campione per eccellenza del nostro panteismo, sibbene un suo imperfetto rappresentante; il nostro panteismo penetra nelle êre sacre della filosofia indiana e si fonda sulle idee di Sufite, di Averroe e del mistico Ekkehard! Per un maggiore sviluppo di queste idee si può vedere il mio scritto sullo « Spirito del Cristianesimo ».

Digitized by Google

§ 5.

Collo svolgimento della civiltà è pure in relazione il diritto: qui poi si mostra il suo compito possente. Come non v'è civiltà senza religione, non v'è civiltà senza diritto. Il diritto si fonda sulla natura sociale dell'umanità la quale mena a ciò, che l'esistenza dei singoli si adatta alle leggi di svolgimento della comunità, sicchè la comunanza degli elementi debba presentare un determinato regolamento. Dell'intima ragione dell'esistenza d'un ordinamento giuridico può disputare solo chi guarda atomicamente l'umanità come uno sciame d'individui singoli e ogni legge ad essi imposta sente come limite e vincolo. Ma a chi considera l'individuo come un organo del tutto, a chi riconosce il divino nella propria volontà, non può nemmeno presentarsi la questione del fondamento del diritto, poichè sa che tale ordinamento fa parte delle condizioni dell'esistenza dell'umanità e della civiltà.

D'altronde è anche troppo manifesto che non ogni diritto in qualche modo concepibile corrisponde a un periodo della civiltà, ma solo un diritto che miri a fecondare i germi esistenti in quella data epoca e a raggiungere

Digitized by Google

gli ideali ch'essa ha. E non saranno rilevanti, come si è preteso, solo i rapporti economici, ma tutto il modo di pensare di quella data società, e in particolare anche le aspirazioni religiose: il diritto deve solo contribuire a facilitarle, e assicurarne l'attuazione, non meno che curare il necessario benessere del popolo, affinchè non si estingua l'istinto della vita e della riproduzione. Di più, verrà essenzialmente in considerazione la diversità dello svolgimento dei singoli individui: presso alcuni popoli la personalità si adatterà senz'altro alla corrente generale, presso altri essa è indipendente, e contenta anche solo di attività staccate; qui la formazione giuridica deve farsi strada molto diversamente per evitare una costante lotta colle passioni che albergano in tutti, per non istigarle all'attrito anzichè educarle agli argani del progresso. Si pensi solo allo svolgimento della proprietà, dalla collettiva alla privata; allo svolgimento del matrimonio, dal matrimonio di gruppo alla monogamia; allo svolgimento del diritto d'obbligazione, per l'influenza della volontà individuale nella conchiusione dei contratti; si pensi a tutta la legislazione sociale che con norme costrittive mette un ostacolo all'indisturbato istinto di libertà dei contraenti.

Digitized by Google

Guardando la cosa da questo lato diremo che il diritto di ogni epoca della civiltà deve esser tale da corrispondere proprio alle tendenze di essa, e da cooperare così ad assicurarle forme adeguate che a svolgere queste. Tale idea io ho manifestata da moltissimo tempo, molto prima che si facesse uso della brutta espressione: diritto giusto *(richtig)*. Del resto è stata sempre mia inclinazione non restarmi al diritto giusto, ma esporre come le aspirazioni sociali prendon radice dalla civiltà e come a loro volta mettono radice nell'evoluzione universale.

In questo riguardo è da notare più d'una cosa.

Se la filosofia del diritto vuol esser veramente filosofia del diritto, dev'essere innanzi tutto filosofia, cioè deve basarsi su d'un sistema e mettere il diritto in rapporto a questo sistema. Ogni osservazione sul miglior diritto o sulle condizioni in cui dovrebbe trovarsi il diritto è insufficiente se il diritto stesso pende in aria e la scienza non c'insegna quale parte esso ha nella vita del mondo: in tale caso la scienza del diritto è come la ricerca diretta a trovare una lingua il più che possibile buona, e a svolgerne siffattamente il patrimonio filologico che le parole significhino bene e abbondantemente i pensieri. Della filologia è questa la politica, non la filosofia. La filosofia

Digitized by Google

della linguistica deve innanzi tutto riandarne la psicologia e scoprire ciò che la lingua deve significare nell'evoluzione dell'anima umana e in quella degli interessi sociali cui essa serve. A ciò si deve naturalmente collegare la questione: qual lingua risponde meglio a questi scopi e quali mutamenti debbono farsi nella sua costituzione per eliminare gli ostacoli del nostro progresso. Inoltre si può misurare di quanto una lingua si presti allo svolgimento delle idee meglio in prosa che in poesia, e viceversa, o se l'una colla sua brevità e stringatezza, l'altra nella pienezza del suo ritmo sonoro siano un mezzo di attuazione delle comunicazioni umane e un mezzo di espressione della vita sensitiva dell'uomo.

Lo stesso si può dire della filosofia del diritto. Anche qua si può investigare che cosa oggi ci tocca di trattare. La nostra ricerca sul diritto positivo ci può insegnare che le sue intenzioni molto spesso sono incapsulate in una forma nebulosa e velata; e noi la spianeremo e saremo in grado di sviluppare il diritto in una forma più nobile. Anche questo ci è dato; se certe norme rimasero indietro rispetto alla vita della nostra civiltà, noi sveleremo dove il progresso deve essere reintegrato, affinchè il diritto sia un mezzo adeguato di protezione d'interessi umani. Ma con ciò la

Digitized by Google

filosofia non è ancora filosofia del diritto. Il diritto deve piuttosto esser messo in rapporto coll'anima umana: e coll'anima degli individui e coll'anima del popolo, e infine dev'essere dichiarata la sua posizione nella vita universale; così anche qui noi veniamo all'evoluzione dell'universo, al neo-hegelianismo che sopra abbiamo propugnato.

Se è stato sostenuto che non possiamo vaticinare per qualsiasi êra futura colla filosofia del diritto, è segno ch'essa è sulla buona via. Chi fa il profeta traverso i secoli ha sicuramente torto, Platone e Aristotele non potevano presentire i nostri tempi, nè Papiniano poteva esporre i principii fondamentali del diritto di patente. Noi non possiamo che investigare i principii generali della vita universale, e spianar la via al progresso del diritto. Invece noi siamo pienamente padroni del passato, ed esponiamo come lo spirito del diritto abbia ivi dominato.

§ 6.

Pertanto sorge spontanea la differenza fra la nostra concezione del diritto e quella del diritto naturale: è come la differenza fra teismo e panteismo (panlogismo).

Digitized by Google

Laddove il teismo riconosce un diritto divino, eterno, una *lex aeterna*, il panteismo riconosce un diritto evolventesi, un diritto che, seguendo la civiltà, si arrende al progresso e si forma nei rapporti della vita; come nella storia del progresso lo spirito divino si fa sentire in sempre nuove forme.

È incompatibile col panteismo un diritto di natura eterno: il panteismo colla sua evoluzione generale ha d'uopo d'una forma rinnovantesi, di un costante progresso del diritto; e, come la civiltà in ogni stadio del suo divenire è divina perchè è un'emanazione della sostanza divina e deve sempre svolgersi e progredire, è divino il diritto, in qualsiasi fase, e per la stessa ragione è sempre mutevole e in trasformazione; il che già c'impedisce senz'altro di parlare d'un diritto eterno.

Anche d'un altro momento però si deve tener conto. Poichè l'evoluzione universale non sta nel centro, ma alla periferia della sostanza divina, nè deriva dalla sua natura, ma dalla sua attività anche il diritto, come ogni civiltà, non può essere se non una imperfetta espressione della potenza divina, e quindi ogni diritto è manchevole perchè non corrisponde perfettamente ai requisiti della propria civiltà, e sempre gli è commisto un

Digitized by Google

elemento perturbatore più o meno trascurabile; ogni diritto quindi non pure è capace di svolgimento e di progresso, ma è bisognevole di miglioramenti.

Con ciò io credo di avere esposto sufficientemente il mio punto fisso nella filosofia del diritto: io non solo voglio trovare i momenti a stregua dei quali i singoli istituti giuridici sono foggiati, ma anche voglio esporre il diritto rispetto all'opera dell'universo, mostrare quale parte gli spetta nell'evoluzione universale. Con questo la scienza del diritto si riannoda alla conoscenza universale della filosofia, ed è fatta dipendere dagli ultimi problemi della dottrina del pensiero. Solo in questo momento v'è una filosofia del diritto.

§ 7.

Quanto si resti indietro non creandosi un sistema generale di filosofia dimostrano quei giuristi che, come Merkel, invece della filosofia del diritto cercarono di creare una dottrina del diritto e tentarono di surrogarla alla filosofia del diritto. Ma tutta questa dottrina del diritto non è altro che un incompletissimo raffronto di legislazioni il quale cerca di creare qualche

Digitized by Google

astrazione e di polverizzare più d'una cosa fra i diritti noti per caso al giurista che fa la ricerca (il numero di questi diritti si ha cura sempre che sia poco rilevante), non altrimenti che se uno volesse conoscere solo le piante del suo circondario e trarne un sistema di botanica, o un filologo trarre la natura, l'importanza e le leggi delle lingue dalle tre lingue europee più parlate. Se questi giuristi si brigano anche solo raramente del solo diritto inglese (almeno nel diritto privato), non si trova però in essi alcun raffronto colle leggi dell'Asia orientale, o, peggio, dei fenomeni giuridici nei popoli allo stato di natura. Tale specie di sistemazione è completamente antiscientifica. Noi daremmo senz'altro il benservito al botanico che non conoscesse il microscopio o trascurasse le crittogame. Ma come si può conoscere l'importanza dello Stato e la storia della sua evoluzione se s'ignorano completamente le forme più antiche, come il totemismo e il matrimonio di gruppo? E se pure si sostiene che delle epoche più antiche non si può conoscer nulla di preciso, con ciò si dice solo che chi dice questo non ne conosce niente, poichè noi ne sappiamo più che di alcuni periodi della storia greca o romana. Del resto tale studio richiede lavoro e pazienza ed è comple-

Digitized by Google

PREFAZIONE ALLA TRADUZIONE ITALIANA.

Per me, che ho quasi provocato, se non la comparsa del volume originale, almeno il suo collegamento col mondo scientifico italiano, è singolarmente caro il presentare ora la traduzione di questo libro, fatta con molta cura dal mio buon amico ed antico discepolo Luigi Lordi.

Il libro è apparso in Germania da poco più di un anno, con la simpatica impronta di un omaggio reso alla scienza giuridica italiana, in occasione di una festa gratulatoria per la quale io spesi, con la esuberanza della mia giovinezza, liberalmente e generosamente, tutte le mie migliori energie.

Ora, non soltanto per il ricordo di questa mia giovanile prodigalità intellettuale, non soltanto per la grande amicizia che mi lega all' illustre autore del libro, ma anche e sopra tutto, per l'importanza della diffusione della cultura a traverso libri di simil genere, io tengo in modo speciale ad accennare, brevemente, quale prezioso contributo possano portare, pur nel campo delle scienze giuridiche, i lavori di sintesi e di semplicità fatti per ogni classe di persone colte, quando questa difficile e spesso ardua

Digitized by Google

tamente antiscientifico il credere d'alcuni che uno sguardo nell'uno o nell'altro fra i libri di diritto comparato o nella raccolta di materiali del Post possa procurare prontamente tanta conoscenza da potersene dar sentenze. Tutta la dottrina del diritto di Merkel fa a meno completamente di ogni veste scientifica; è importante invece solo una legislazione comparata vera, seria, elaborata, e questo è senz'altro il gradino indispensabile per giungere a una filosofia scientifica del diritto.

§ 8.

Ora mi si permetta di rispondere all'obbiezione che Berolz-Heimer oppone alla mia teoria nel suo libro, pur dotto e acuto sulla Filosofia del diritto e dell'economia, (II, pag. 439). Egli dice che la mia dottrina dell'evoluzione porta a una specie di quietismo e che è quindi trascurata l'importanza delle singole personalità; che per essa il presente diviene troppo poca cosa e si eleva tutto nell'avvenire, poichè viene ad esser considerato solo come forma transitoria, necessaria al formarsi del futuro.

Ma ciò non è esatto. Noi certamente ammettiamo un costante corso delle cose, ma non per questo stimiamo meno il presente, ch'è il pre-

Digitized by Google

cursore dell'avvenire; operando pel presente noi proviamo il senso giocondo del futuro, che cioè si va sempre più innanzi e che nel presente si edifica un solido monumento della civiltà. Anche vediamo nel presente l'onnipotenza dello spirito e la somiglianza sempre più vicina della divinità.

Dica pure Mefistofele: « Passato! sciocca parola!... ». Noi invece abbiamo la sicurezza di dire che la parola « passato » è solo l'annunzio di remote fila di un'evoluzione la quale svanisce in un maggior mondo, ch'è quello dello spirito. Si sale innanzi su fermi gradini; ma non val nulla forse il piccolo gradino su cui stiamo se così raggiungiamo il nostro ultimo scopo? Esso è invece importante e il suo servizio da questo punto di vista è razionale.

Nel presente inoltre riconosciamo i frutti maturi del passato; noi godiamo il momento prima nel futuro poi nel passato, ma non diciamo all'attimo: « arrestati, sei bello! »; abbiamo in noi troppo della natura divina per poterci mettere sur un letto di poltroni. Neanche la propria personalità in questa teoria dell'evoluzione è conculcata: poichè noi facciamo sempre rilevare che l'evoluzione della civiltà si può compiere solo per mezzo della enorme attività dei

Digitized by Google

molti individui, e che, più noi lavoriamo, e più siam vicini allo scopo. Del resto è logico che noi ci dobbiamo mettere inconsapevolmente in balia del destino, chè tutta la storia della civiltà dimostra come tutto lo svolgersi degli eventi si è avverato assai spesso diversamente da come li previdero gli spiriti predominanti: vollero una cosa e n'ebbero un'altra: specie molte cose che si credeva dovessero finir male furono ottimi pungoli al bene. Certo, a nostro modo di vedere, non è il ratto cosa gentile, ma il primo uomo che rapì una donna fece all'umanità uno dei più enormi benefizii per aver poste le basi dell'odierno matrimonio; il come, insegna la scienza del diritto comparato. Perciò il destino ci è senza dubbio timoniere e ci dirige verso le nostre idealità, mentre noi, carcerati nel nostro illusionismo, siamo diretti forse ad altri lidi: le illusioni ci riempiono spesso di viva premura per fantastici beni futuri, ma di quanto mettiamo con ciò in opera si giova la vera civiltà. Se il destino ci protegge, contro la nostra aspettazione, non furono per questo vane la nostra aspirazione e l'opera nostra. È il destino buon timoniere, ma noi siamo cattiva ciurma che mettiamo in opera ogni nostra forza perchè la nave svii. Mai l'opera del destino

Digitized by Google

potrebbe esser utile al progresso della civiltà se non esistesse già il lavoro di mille e mille spiriti che, noti o ignoti, l'aiutarono. Che può il timoniere senza l'aiuto della ciurma? Ma noi siamo i marinai, noi dobbiam lavorare fortemente e da prodi perchè il nostro itinerario ci porti presto e senza fortunali per la via della storia, agli scopi dell'umanità. Che sarebbe l'umanità senza lo spirito d'un Platone, d'un Bâdarâyana, d'un Hegel, d'un Savigny? Perciò, che il lavoro sia sempre più alacre sul cammino del progresso!

Digitized by Google

Digitized by Google

II.

Problemi del diritto penale.

1. Il problema del libero arbitrio

§ 9.

Il più grave problema del diritto penale, oggigiorno, è quello della libertà del volere (1) e dell'imputabilità. Per ciò noi esaminiamo una questione molto e appassionatamente discussa, al cui solo nome s'innalzano le bandiere del diritto penale e sono toccati gl'interessi più profondi del diritto sociale. Laonde molti hanno messo da bando tutta la questione come insolubile o l'han

---

(1) La bibliografia è in Rohland, *La libertà del volere e i suoi avversarii,* p. 2 e segg.; su questo Krieg, *La volontà e la libertà nella recente filosofia* (1898), Kneib, *Libera volontà e responsabilità interna* (1898). Lehmkuhl, Koch, La monografia di Schopenhauer sul libero arbitrio dell'uomo (1891). Ma sopratutto Tommaso D'Aquino, *Summa theol.*, I, 82 e 83. Cfr. anche la recente importantissima letteratura filosofica francese: Fonsegrive, *Essai sur le libre arbitre*, Saleilles, *L'individualisation de la peine* (1898) p. 153 seg., e Renouvier, Bontroux, Milhard, Remacle, ma particolarmente Bergson, dei quali è cenno nel pregevole studio di Adolfo Levi, *L'indeterminismo nella filosofia francese.*

Digitized by Google

relegata nel campo della fede e tentato di fondare un diritto penale senza riguardi all'uno o all'altro modo di risolvere la disputa. Altri poi hanno recentemente negato il libero arbitrio e lo han dichiarato incomprensibile ed empiricamente impossibile. Ma i più fanno eco a questa opinione in base al positivismo, dottrina che senza fondamenta filosofiche costruisce sulla sabbia ed è priva d'ogni valore. Noi dal campo filosofico (vedi p. 4) abbiamo bandito il positivismo: esso ha spadroneggiato assai male nel diritto penale ed ha specialmente menato a ciò, che in molte cose si credè proprio a un progresso, per non essere ammessa la libertà del volere, mentre noi difensori dell'imputabilità e della libertà ci dovemmo rassegnare a chiamarci la scuola classica. Certo qua il « classico » non fu una lode, ma un rimprovero, perchè ci si volle dare dell'accademico, del retrivo, di scuola scientifica che non sa più mantenersi all'altezza dei tempi. Niente di più falso: infatti ciò che si disse nuova scienza criminale non era altro che diritto penale fondato sul positivismo e il positivismo, come dimostrai a pag. 5 non è progresso, ma è il regresso più enorme, non solo rispetto al materialismo, ma anche rispetto a quello stato in cui erano gli Enciclopedisti.

Digitized by Google

E questo deve oggi dirsi progresso, quando si retrocede di un secolo di fronte al pensiero di Kant e di Hegel, come se non fosse esistita la grande opera della filosofia tedesca! Deve dirsi progresso il deserto che Comte e Stuart Mill fecero in filosofia ed altri tentarono di trapiantare in Germania! Questo è tanto un progredire quanto lo sarebbe il negare la forza di gravità poichè non si basa sull'osservazione dei sensi ma sull'astrazione e sul collegamento di alcuni principii di matematica, o il volerci far retrocedere sono al tempo di Keplero nelle nostre idee sulle scienze naturali! Il vero progresso sta nel costruire ulteriormente, ma sulle fondamenta poste dai nostri grandi pensatori. Certo è facile dar un frego di penna sulla filosofia per farla esulare nel campo della fede, mentre è difficile compiere studii filosofici; questo dev'esser tanto più ricordato quando una schiera di giovani si danno vanto di bandire perfettamente il diritto penale dalla filosofia e di fondarne uno sulla psiche dell'uomo normale; eppure si vuol parlare di causalità e d'una legge della causalità come se ciò non dovesse farsi filosoficamente. E questi criminalisti vorrebbero sostenere che io metto non uno ma due o tre concetti di causalità. Chi mette più in alto il cosiddettto uomo normale anzichè

Digitized by Google

i risultati del pensiero di parecchi secoli, che si crede progredito perchè mette da bando il mondo ideale dei nostri principii del pensiero dev'esser energicamente combattuto. Gli si può dire che fa come se ogni 24 ore condannassimo il sistema copernicano e si tirasse la semplice conseguenza che si vede il sole sorgere e tramontare; non altro è « l'uomo normale ». Obbiettandosi che i sistemi filosofici son diversi e che nel corso dei secoli furon soggetti a mutamenti, non si dice altro se non che le questioni scientifiche si risolvono in diversi modi e che la scienza non sta sempre a un punto, ma ha le sue variazioni. Se a causa della diversità dei sistemi filosofici si volesse senz'altro mettere la filosofia nel campo del soggettivo, si dovrebbe ascrivere a soggettivismo tutta la scienza e mettere nel regno della fede tutto ciò che non è direttamente percezione. E quando per la centesima volta si attribuisce a Bacone e a Locke il principio che la scienza deve basarsi sull'esperienza, con questo non si dice altro se non che la nostra scienza deve edificare sui risultati della percezione dei sensi e che questa deve darle materia a sviluppo ulteriore; ogni scienza però tende a elaborare idealmente ciò che si è raccolto così coi sensi e a far assurgere le percezioni a scienza avente quelle

Digitized by Google

per fondamento. È sbagliatissimo volgere il principio del doversi basare le scienze sull'esperienza nel senso che le scienze non possano andare al di là dell'esperienza. Del resto non vi sarebbe scienza alcuna, poichè è primo canone della conoscenza filosofica: « coll'esperienza ma al di là dell'esperienza ». Anche le leggi di natura che accettiamo si fondano sull'esperienza esse però non sono oggetto dell'esperienza, sibbene risultati del pensiero umano che si è fondato sull'esperienza. Lo stesso si dica di ogni altra conoscenza più profonda, particolarmente della cosiddetta metafisica (vedi pag. 4 e seg.). Se dall'esperienza conchiudiamo che nella natura o nel mondo ideale v'è una certa autenticità, che l'autenticità nello svolgersi di una pluralità di particolari debba riferirsi, in fondo, a una unità avente per base una molteplicità di particolari, e se così si giunge al teismo o al panteismo, o si sostiene che quanto apprendiamo coi sensi non è apparenza, che v'è un tempo e uno spazio, o si viene a conchiudere che le nostre percezioni hanno per base il tempo e lo spazio ma che questa base poi deve avere per punto di partenza un tutto senza tempo e senza spazio, queste sono conseguenze tratte coll'esperienza e col raziocinio ed è interamente erroneo voler

Digitized by Google

opera di divulgazione di nozioni tecniche è compiuta, con genialità di esposizione, con profondità di criterii e con sobrietà di tratti, a grandi linee, da un uomo d'ingegno eminente e da un vero maestro della scienza e del metodo, quale è appunto l'autore insigne di questi « moderni problemi del diritto ».

Già è troppo noto che il parlare, anche ai profani, di una scienza, in modo da farne intendere le più delicate questioni e da interessarli ai varii problemi che essa presenta, senza però fare uso del tecnicismo della scienza stessa, è raro privilegio di ben pochi fra i grandi cultori di un determinato campo di studii, ed è opera di abnegazione, di semplificazione, di suggestività didattica, nella quale si riesce completamente soltanto per un'intima forza di spirito largo ed acuto, per la virtù della rinunzia ad ogni eccesso di particolarità, per l'interessamento continuo di una vivificante forma geniale.

***

Fra le più meravigliose tempre intellettuali di questi grandi maestri, di queste vere « creature sovrane », che possono esporre con semplicità profonda e con disegno quasi lineare i principali problemi di una scienza, è in primissima linea Giuseppe Kohler.

Quando lo si conosce di persona, si riceve già questa impressione dalla sua bella e vigorosa figura

Digitized by Google

attribuire i principii derivati, altri all'umanità, altri alla fede. Sdegnando la ragione umana che trae principii dall'esperienza, si sdegna con ciò stesso la scienza e si finisce in un caos che presenta le moltissime osservazioni solo a modo di caleidescopio, senza trattazione scientifica. Proprio la vittoria su questo caos fu il merito di Eraclito, Platone, Descartes, Spinoza, Hegel. Metterglisi nelle braccia val quanto rinunziare non pure ai risultati di questi pensatori, ma anche, e sopratutto, rinunziare alla scienza.

§ 10.

Torniamo alla questione della libertà del volere. Io ho da molto tempo ritenuto inaccettabile l'opinione che l'onniscienza divina sia in contraddizione colla libera volontà, benchè una schiera di acuti intelletti si sia preoccupata di questo problema o proprio abbia detto che non si possa altrimenti uscir fuori dalla difficile controversia se non come da un enimma (1). In ogni modo si sostiene che dalla onniscienza divina

(1) Per quanto segue, io argomento dal punto di vista del teismo. Il mio principio è panteistico, come risulta dalle precedenti osservazioni; la tesi teistica però è della massima importanza, storicamente, ed ha bisogno di essere esaminata.

Digitized by Google

non debba seguire che Dio guidi anche le determinazioni della volontà umana, poichè chi sa una cosa futura, non vuole anche questa cosa; nè la vuole necessariamente se la prevede e non l'impedisce, poichè, pur non volendo egli questo futuro, può avere buone ragioni per non mettergli impedimenti. Si crede però che già la futura determinazione di volontà deve esser fondata sul presente, chè altrimenti non potrebbe la divinità prevederla; che tale previsione del futuro è possibile solo se già la determinazione esista in germe che essa non è conciliabile con una condizione di cose per cui l'uomo sarebbe legislatore a se stesso fino alla determinazione della volontà, e non subirebbe l'influenza di alcune circostanze.

Ma con questo modo di vedere si disconosce del tutto che, se Dio è onnisciente, è esente dalle leggi del tempo, perchè in ogni eternità passato presente e avvenire si ricollegano in unità. Ammettere questa onniscienza è tutt'uno che rappresentarsi il pensiero divino nel presente o nell'avvenire. E come non contraddice alla libertà del volere la conoscenza che ha Dio della determinazione, al tempo del fatto, così non è con essa inconciliabile che la divinità lo conosca in un momento anteriore: poichè per un Dio on-

Digitized by Google

nisciente è nulla il tempo, e passato e avvenire sono la stessa cosa. Solo in un sistema che non si elevi sino a pensare che una divinità la quale domina il mondo fenomenico come cosa eterna e senza tempo non debba essere nel tempo, solo in un sistema che attribuisca al tempo una consistenza reale e non puramente relativa, che neghi l'elevarsi su di esso della divinità, la quale non ha tempo, solo in questo sistema così deficiente può sorgere tale obiezione; poichè da un lato la divinità si concepisce come divinità, e questo può accadere soltanto rappresentandosela dominatrice dell'eternità; dall'altro concepirla nel tempo significa figurarsela empiricamente: ora tale bilateralità di concezione è una vera rinnegazione di ogni metodo filosofico e teologico. Già un osservatore che vede al di là del tempo e dello spazio entra nel campo della metafisica ove l'uno e l'altro scompaiono; e sarebbe del tutto erroneo pensare che egli possa trovarsi di fronte a tutto il corso del tempo in un modo empirico e soggetto al tempo medesimo.

Gli è come se uno avendo gli occhi conformati in modo da non poter vedere se non una sola linea, non comprendesse come si possa, da noi, vedere tutta la superficie, e per ciò credesse questa concepibile solo in quanto la destra potesse

Digitized by Google

esser separata dalla sinistra coll'autenticità che la linea offre! Così la divinità vede in una presente e futuro, senza riportarsi al legame in cui stanno fra loro.

Ha anche presentato molta difficoltà la questione della compatibilità della libertà del volere col derivar tutto dall'opera divina. E sopratutto è acuta, ma non di rado confusa e oscura, l'esposizione di Duns Scoto su questo argomento (1). Però la difficoltà non è insormontabile, e in riguardo a ciò osservo quanto segue.

1) Si può ammettere la libera volontà, se la creazione è così intesa: Dio pone la volontà libera e con questa lascia svolgersi anche le diverse possibilità, che sarebbero note alla volontà libera: con ciò Dio non ha posto il peccato ma la possibilità di peccare, e ciò è nella sua creazione.

2) Si è opposta ancora una seconda obiezione. L'opera di Dio, si disse, non deve esser considerata solo in rapporto all'esistenza della libera volontà, ma Dio nella sua completezza deve anche aver posto gli ultimi risultati, e con questi non sarebbe conciliabile la libera volontà, per

---

(1) È raccolta in SEEBERG, *La teologia di Duns Scoto*, p. 153 e segg.

Digitized by Google

essere il risultato di questa volontà voluto e creato da Dio. Però, si noti: se Dio pone la volontà libera, mette anche con ciò stesso la possibilità di peccare, e con questo si toglie la possibilità d'impedire il male; la libertà del volere è per lui necessaria conseguenza. Ma con questo non è tolta a Dio la possibilità di rivolgere nuovamente ai suoi scopi i risultati così posti in essere, sicchè poi il risultato finale del tutto corrisponda al suo intento e al suo piano. Dio è del tutto libero, se prevede il peccato, di far avverare tante circostanze che il risultato ultimo risponda al suo piano. Laonde è ben possibile che Dio sia non libero in rapporto alla colpa futura dell'uomo, ma libero in rapporto ai risultati di questa, e perciò la causalità, che è divina, può conciliarsi col risultato ultimo degli eventi. Così in certo modo può esser compreso anche il luogo di DUNS SCOTO, *De rerum principio* qu. 3, art. 3, § 21: « Quamvis autem haec volita in se et in suis causis proximis habeant contingentiam, relata tamen ad divinum intuitum et beneplacitum sic eveniunt, ut sunt praevolita et praevisa » (SEEBERG, *Duns Scoto*, pag. 154 e 225).

È poi stato riconosciuto da moltissimo tempo che anche l'osservazione statistica, la quale ci

Digitized by Google

dice che il delitto, e sopratutto le azioni umane, prese coi grandi numeri, presentano una certa regolarità, non è in contraddizione colla libertà del volere. Se anche ammettessimo la libertà del volere nello stadio dell'indeterminismo assoluto, o anche ci rappresentassimo l'umano operare come in piena balia del caso nè mosso da indirizzo alcuno, pure gli eventi, per grandi numeri, dovrebbero presentare una certa regolarità, poichè ogni caso, nella molteplicità del volgersi della sorte, avrà come un moto di pendolo, di qua e di là. Come la « roulette » sul tappeto verde deve menare a certi risultati ultimi, se osserviamo parecchie migliaia di casi, anche un operare caotico dovrebbe dare certe date cifre, in un senso o in un altro, ma non vi sarebbe ragione perchè dovesse muovere sempre a destra o a sinistra, e quindi il calcolo della probabilità non andrebbe errato; anche il caso ha le sue leggi, anche il caso cieco, il caso che non subisse l'influenza di forza alcuna. Ma l'indeterminismo assoluto è erroneo (vedi pag. 70) e l'umano operare si muove in un dato cerchio, nel quale hanno influenza gl'impulsi e il carattere, per cui, tenuto conto della stabilità della natura umana e di ciò che v'influisce, è necessaria una certa regolarità degli eventi.

Digitized by Google

§ 11.

Si è combattuta la libertà del volere dal punto di vista della legge di causalità.

Niente di più falso. Naturalmente la determinazione della volontà è una causa dell'avvenimento, ma proprio come tale è nel dominio del nesso delle cause. Le specie della determinazione della volontà in tanto è caratteristica in quanto si ponga per i singoli e non per una data legge, onde questi sarebbero retti, la questione se il volere si determinerà in un modo o in un altro. L'individuo così è legislatore. Proprio in questo sta l'importanza della personalità, nel formarsi cioè essa stessa, le leggi le quali poi avranno un valore per la causalità; è in questo che sta l'essenza dei costumi. In riguardo alla morale l'uomo è legislatore e la libera volontà supera ogni ostacolo. È chiaro che ciò non sopprime la legge di causalità; è solo una particolare maniera della sua determinazione. Non ogni causalità ha bisogno di svolgersi così inorganicamente che l'agente debba sottostare al cozzo di date leggi che fanno determinare in un dato senso i singoli. Così come ciò è possibile, è possibile anche che l'individuo agisca come libero agente, sicchè la questione del decidersi fra due

Digitized by Google

determinazioni non stia se non nella sua propria volontà.

Acutamente è detto questo anche dal REINSTADLER *Elementa philos. scholasticae*, II, p. 108:

« Ponere vero hominem libere agentem non est ponere effectum sine causa, sed est ponere causam, quae effectum sine determinatione intrinseca producit, vel ponere effectum qui prodicitur a causa libere sese ad agendum determinante », e a pag. 109: « Principium enim rationis sufficientis est: « nihil sine ratione sufficienti » i. e. (si ad actiones speciatim hoc principium applicamus) nulla fit actio, quin huius actionis sit ratio sufficiens. Non autemvis est: Omnibus ad agendum sufficienter dispostis omnis causa necessario agit ».

Cosi acutamente era trattata la questione dalla tanto biasimata scolastica, mentre il positivismo colla sua superficialità confonde tutto!

La legge di causalità basta dunque a riattaccare l'agente alla catena delle cause, e per conseguenza il fatto singolo dell'azione sta in rapporto al « se » per mezzo della concatenazione delle cause. Che il « come » dell'azione debba sempre esser insinuato nella detta concatenazione, è un'idea in nessun modo dipendente dalla necessità delle cause e che non si fonda per nulla

Digitized by Google

sull'assioma della causalità. Un libero legislatore nella schiera della causalità basta completamente al nostro bisogno di una causa: una causa predominante erige l'uomo a libero legislatore: nè nella catena mancano anelli, nè la contraddizione apparente fra unità e pluralità di esseri è insoluta: tutto riunisce il legame della causalità. È logico che per tanto la concatenazione causale non porti a risultati prevedibili da noi o anche da chi conosce tutte le forze concorrenti, poichè qui v'è sempre un agente indeterminabile, epperò un infinito. Ma che importa? Deve la concatenazione delle cause portare a conseguenze prevedibili dall'uomo che non conosce mai tutte le forze concorrenti? o da Dio? Ma la conseguenza è da lui senz'altro prevedibile, non perchè conosce tutte le forze, ma dal punto di vista metafisico che riunisce ad unità il tempo estendentesi nel passato, nel presente e nel futuro. Perchè il come dovrebbe dunque esser determinato con precisione? Si ponga un elemento che abbia l'effetto **x**; ma noi abbiamo una salda catena; non abbiam bisogno di conoscere in precedenza il calcolo degli eventi; l'**x** può sparire in un tempo seguente; la legge di causalità non può designare in precedenza quale sarà la risultante, e invece di **a** + **b** + **c** avremo

Digitized by Google

a + **b** + **x**, che basta a soddisfare il bisogno d'una causalità.

Poco anche conchiude, per combattere la libertà del volere, il principio dell'unità ed uguaglianza quantitativa dell'energia universale; poichè, prescindendo dalla questione se questo sia più d'un'ipotesi, non può imbarazzarci che le determinazioni della volontà (ossia le determinazioni α o β scaturienti dall'elemento **x**) in rapporto all'energia cosmica valgano lo stesso e siano d'una stessa natura, pur essendo decisioni con effetti diversi: può esservi la stessa quantità d'energia, o ch'io mi diriga a est, o ad ovest e può avere la decisione α non diversa energia della β, sia α un delitto e β l'omissione d'un delitto. Che a questa determinazione si riannodi una quantità maggiore o minore d'energia, dipende dall'urto col mondo esterno, come se io con un passo a sinistra precipito in un abisso profondo, con uno a destra vo sopra un agevole piano: naturalmente ogni quantità d'energia nuovamente sviluppata troverà di nuovo il suo accomodamento; oltre di questo però non si potranno fare ulteriori considerazioni.

Ancor meno si può opporre alla libertà del volere la fisiologia della psiche. Se è giusto che le attività cerebrali hanno per base processi chimici,

Digitized by Google

di uomo di alta statura, dalla sua artistica ed ampia capelliera spiovente, dalla sua franca e pensosa fisonomia aperta alla più varia manifestazione d'ogni sentimento.

Giurista, filosofo, storico, letterato, poeta, professore, consigliere aulico, legislatore, pubblicista, Giuseppe Kohler è un vero gran signore del mondo intellettuale moderno, in cui egli spazia, eminente, da oltre un trentennio, passando continuamente da un campo all'altro, senza grette restrizioni di unilateralità, senza ombra di misoneismo, con entusiasmo d'innovatore, con acume di critico, con anima di artista.

Alcuni dei tratti più caratteristici dell'alta personalità del Kohler sono raccolti in un simpatico suo volume di saggi riuniti sotto il titolo suggestivo « Dal cammino della vita » (*Vom Lebenspfad,* Mannheim 1902).

Nato nel 9 marzo 1849, in Offenburg, da padre di origine sveva, compì con « lungo studio e grande amore » i corsi liceali, e si trovò, dopo la licenza, nel lieto tumulto delle speranze giovanili, a dover decidere, fra le sue forti tendenze, per la scelta della carriera. Le scienze naturali, le lingue, la storia lo attiravano egualmente. Ma con un impulso di ribellione contro tutto ciò che lo aveva prima allettato, egli si risolse per la giurisprudenza. E della scelta fatta si è sempre compiaciuto e si compiace, come del frutto di una lunga ed intima inve-

Digitized by Google

del che non dubito, non è per tanto dimostrato che a questi processi chimici corrispondano anche sentimenti, e non fenomeni di puro movimento. La vita dei sentimenti non è psicologicamente comprensibile, è qualche cosa che si fonda su base psicologica, ma ha una consistenza autonoma. Il modo come si svolgono questi processi del sentimento, come i sentimenti si comportano l'un l'altro, e poi di nuovo creano processi di movimento, è all'infuori del campo psicologico ed è cosa a sè: essi non possono esser dimostrati ulteriormente coll'osservazione dei processi di moto, ma solo colla ricerca di attività del sentimento e del proprio spirito. Se poi la ricerca di tale attività ci porta ad ammettere la libertà delle determinazioni volitive, questo non è per nulla in contraddizione coi fenomeni fisiologici del movimento, e tantomeno è a ciò contrario il nuovo rifiorire di fenomeni di moto da questi processi del sentimento: poichè questi fenomeni non sono la causa, ma l'effetto dei sentimenti nati in noi e delle determinazioni dominanti la nostra vita sentimentale.

Ogni ricerca frenologica non può risolvere meglio la questione, per quanto possa essere importante in altri campi e per quanta luce possa d'altra parte gettare sulla nostra attività psicologica.

Digitized by Google

§ 12.

Del resto la libertà del volere è cosa dell'esperienza interna, infallibile perchè basata tanto sul senso interno della personalità quanto sul celebre « cogito ergo sum ». Come io so che penso, so che mi determino liberamente, sicchè la mia determinazione non è voluta da forza maggiore, ma è un atto che scaturisce dall'interno della mia propria personalità. È il Daimonion che ognuno sente in sè; onde in tempi meno recenti si potè credere a uno spirito che dominasse in noi. È indiscutibile che non è questo un processo elementare, e che invece cooperano alla nostra determinazione i motivi e il carattere; ma chi si spinge più oltre subito riconosce che non v'è un paradigma di calcolo per cui la decisione nasca semplicemente da certi elementi attivi da potersi matematicamente fissare, ma che a ciò si aggiunge qualche cosa di nuovo, cioè l'interna determinazione.

La quale ha certa analogia colla creazione originale del genio. Anche questa è in un campo ove l'indagine umana non si può riferire a date leggi, ov'è quasi un'attività propria della personalità; colla sola differenza che la libera volontà costituisce il Daimonion di ognuno, men-

Digitized by Google

tre il Daimonion della conoscenza è concesso solo a pochi.

Quest'esperienza interna però non è una illusione dell'io. Si è sostenuto che il sentimento del libero arbitrio si fonda sul sentimento della libertà esterna; ma che con ciò non è detto che non vi sia per così dire una costrizione interna, le nostre forze interne dell'organismo creando la volontà con certezza matematica. Si è detto: se la pietra potesse pensare, riconoscerebbe che la terra l'attrae, e non ciò soltanto, ma riconoscerebbe anche tutte le altre cose della terra senza distinzione, p. es. anche che rompendosi un suo sostegno, essa cade al suolo. Ma il sentimento del libero arbitrio non è solo sentimento « del non essere lanciati da altri » ma anche sentimento che alla personalità compete lo scegliere fra diverse cose, a piacere, come se la pietra potesse avere il sentimento di cadere o non cadere a suo arbitrio, sentimento più d'una volta provato, per cui prima e dopo la determinazione ce ne rappresentiamo le conseguenze e, a seconda del fatto, ne sentiamo soddisfazione o pentimento. L'intimo convincimento che accompagna la nostra determinazione è il sentimento dello scegliere, e la scelta è la prova data — lo dice la parola — che la per-

Digitized by Google

sonalità risolve da sè, come legislatore indipendente, il doppio aspetto sotto cui si presentano le cose (1).

In questo senso anche parla la possibilità di modificare il proprio carattere, e renderlo più adatto al bene, cioè più conforme al vivere civile. Il mortificare le passioni, che ha tanta importanza, le porta al rilassamento, il completo predominio degl'istinti sensuali perde le sue forze: la teoria dell'immutabilità del carattere è un errore di Scopenhauer causato dal riunire egli erroneamente il carattere e la « volontà universale », la cosa in sè: esso invece non è, come tutte le altre cose, intimamente legato alla volontà universale (2).

Il carattere è invece suscettibile di educazione, ed è un male che l'uomo non l'educhi. Così anche DANTE nel *Convito* (IV, 22) egregiamente dice:

« Similmente può esser per molta correzione e coltura che là dove questo seme dal principio

---

(1) Che il pentimento deponga, almeno con certa probabilità, per il libero arbitrio, sostengono anche gli avversarii: cfr. STERN nel mio *Arch. pel dir. penale*, 51, 392. Del resto il pentimento non è un puro sentimento morale, ma anche economico, e anche una determinazione cattiva di un uomo anormale porterà il pentimento.

(2) Cfr. KOCH, *La monografia di S. sul libero arbitrio dell'uomo*, pag. 17 e segg.

Digitized by Google

non cade, si puote indurre del suo processo sì che perviene a questo frutto. Ed è un modo quasi d'insetare l'altrui natura sopra diversa radice ».

Non è quindi scusabile l'uomo malvagio, perchè, se non era spontaneamente inclinato al bene, potea conquistarsi tale tendenza con una paziente educazione; e questa educazione è nella cerchia della volontà libera.

Il carattere è tanto una creazione libera che si volle mettere l'idea della creazione del carattere nel mondo intelligibile e con ciò dichiarare la responsabilità della persona pel suo carattere e pel suo operare. Quest'idea è già speculativamente inaccettabile, poichè nell'essenza eterna trasporta l'infinita pluralità dei particolari; e per questo la si deve del tutto respingere, perchè, essendo la responsabilità posta al di fuori del tempo, mentre è l'effettivo agire nel tempo che si mostra come una scelta, come una determinazione di volontà operante da momento a momento, l'educazione del carattere è un'attività nel tempo della personalità, ed è in rapporto con tutte le numerose conseguenze e creazioni del tempo. E a voler ammettere che al nostro agire esistente nel mondo fenomenico, di tra il tempo e lo spazio, corrisponda nell'eterno una qualche effigie,

Digitized by Google

un dominio tipico all'infuori del tempo, si attribuirebbe all'infinito la fragilità del finito e si andrebbe incontro all'errore già confutato dai Vedânta (1): si andrebbe incontro all'obbiezione già molto usata contro il vero panteismo: che si attribuisca cioè il male e l'impuro alla creazione stessa, mentre il male e l'impuro sono soltanto nella pluralità dei fenomeni, ma non possono sussistere nell'unità della sostanza primigenia (2).

Si è poi voluto combattere la forza probatoria di questo sentimento interno col dire che anche nelle tempeste dell'anima, quando non si può parlare di libertà del volere, e l'uomo va qua e là, trascinato incondizionatamente dalle influenze più strane, resta il sentimento della libertà ed anche il folle si sente uomo libero, anzi si crede di poter dominare il mondo come re e padrone. Dal che si è dedotto che il sentimento della libertà illude e che quindi nulla se ne può trarre per confermare l'argomento della vera libertà. Ma tale conseguenza è del tutto erronea: non regge un argomento dalle

---

(1) BADARAYANA, II, 21 e 22 col commento di Çankara, sul quale mi diffonderò più a lungo, nell'esposizione della teoria dei Vedânta, tanto poco conosciuta in Germania.

(2) Cfr. su questo SEEBERG cit., pag. 86 e segg.

Digitized by Google

condizioni dell'infermo a quelle del sano. Proprio perchè l'uomo è malato s'illude e si rappresenta libero non ostante la sua impotenza. È la stessa illusione di come se fosse convinto di pensare logicamente o credesse di udir voci o vedere fenomeni che fossero parto della sua fantasia. Come da ciò non si può argomentare contro la realtà del mondo, che l'uomo sano riconosce, o contro la forza reale del pensiero secondo ragione, non si può nemmeno trarre argomento da questo morboso senso della libertà contro il valore del sentimento della libertà nelle condizioni normali dell'uomo. È per la stessa ragione irrilevante la prova dei casi in cui l'uomo, pur essendo suggestionato, crede di agire liberamente, perchè anche qui v'è un'infermità, benchè parziale, la cui importanza sta in questo, che il senso della libertà illude l'uomo non libero. Proprio nel credersi normale, e nel creder di avere la libertà che gode l'uomo normale consiste la sua malattia.

§ 13.

Se la volontà fosse senz'altro in preda dei motivi, questi dovrebbero agire in forza della potenza obbiettiva loro propria. Ma non

Digitized by Google

è così. Chè, invece, vige un principio detto, sin da Schopenhauer, il principio della prevalenza della volontà sull'intelletto. È particolarmente osservazione antica che i motivi dominano la volontà solo assai parzialmente, che per lo più la volontà vaglia quei dati motivi e fa a modo suo, sollevando e ingigantendo da un lato le cause che influiscono a determinarla, in quanto ciò le aggrada, e respingendo e ricacciando dall'altro le ragioni che non le fanno comodo. La volontà può vedere con tinte esagerate le rappresentazioni che le convengono, e allontanare e proprio non tener conto delle altre: le une sono dieci volte ingrandite, le altre si portano in prospettiva ridotta.

Di qui si deduce l'indipendenza della volontà; poichè qui la volontà non è dominata dai motivi, ma è essa che li domina. I motivi possono collaborare all'opera della volontà solo molto parzialmente; ma non è detto che ne possano formare una.

La teoria della prevalenza della volontà rimonta a S. Agostino, anzi a S. Paolo apostolo, ma è stata principalmente svolta da Duns Scoto, ed è questa una delle sue più alte benemerenze. Così con un sol colpo la volontà, dalla dipendenza in cui essa era dalla cerchia delle rappresenta-

Digitized by Google

zioni, riceve una sua propria sussistenza autonoma. Chi è tuttora dell'opinione che la determinazione della volontà è data dai mezzi ammaliatori messi innanzi dalle rappresentazioni urta fondamentalmente contro le conquiste di ricerche psicologiche secolari.

È decisivo inoltre quanto segue: la forza della volontà è assai diversa negli uomini, alcuni tenendosi fermi nel proposito deliberato contro gli ostacoli più gravi, altri sottoponendo la scelta fatta sempre a nuove rappresentazioni e ai nuovi sentimenti che loro ne derivano. Cosi vi sono uomini di forte e uomini di debole volontà. Anche qua si mostra l'indipendenza del volere dai motivi. L'attività volitiva è sempre indipendente, non è semplicemente l'eco del mondo dei sentimenti che agiscono sull'uomo. Non v'è nulla di più errato che negare l'« organo della volontà » e ridurre la facoltà del determinarsi alla pura estrazione a sorte dei sentimenti in lotta. Accanto al mondo dei sentimenti v'è un organo autonomo della volontà, e questo non è un puro apparecchio ricevitore cui si trasmettano certe onde sentimentali, ma è l'organo nel quale assorge ad unità, di fronte al mondo esterno, la personalità umana tutta quanta.

Digitized by Google

In ogni modo tale organo è collegato, anche fisiologicamente, all'organo ove si condensa, come senso della personalità, l'assieme dei ricordi.

Perciò è del tutto errato pronunziarsi in favore d'un « associazionismo » dei movimenti dell'anima, invece che per la rappresentazione della libertà: l'associazione ci dà solo il materiale onde la volontà dispone, ma non la volontà: se l'operaio ci porta il materiale, è l'architetto che fa l'edifizio a modo suo.

§ 14.

I tentativi del determinismo di salvare la libertà nella non-libertà fallirono tutti ed è deplorevole che sia stato sprecato tanto acume per una tesi logicamente e psicologicamente inaccettabile. Ve n'è una raccolta nell'opera di Rohland (pag. 41 e segg.) che rende superfluo l'esame ulteriore di questa ingrata letteratura. L'errore comune che qui viene in giuoco sta nell'avere il concetto di libertà tutt'altro senso. Libertà nell'accezione comune vuol dir questo: l'animo è dotato della facoltà d'elezione, non costretta da alcuna necessità interna o esterna: è legislatore di se stesso. Invece il

Digitized by Google

stigazione del proprio temperamento, ritenendo che tutti i suoi studii di letteratura, di storia, di filosofia, di etnografia, di lingua, di musica e di arte in genere si addicano e convengano con utilità essenziale al massimo sviluppo della nozione del diritto e all'alta affermazione personale del giurista.

« L'acuta logica della giurisprudenza — egli ha « scritto parlando della essenziale scelta — la sua « costruzione quasi poetica, la sua profonda efficacia « di sviluppo sul raziocinio umano, il suo fonda- « mento sulle salde basi dei rapporti umani, tutte « queste sono attrattive che esercitano di per sè un « grande fascino, inesauribilmente; ed io non so « concepire come mai questa scienza, in cui passa « il fremito di un intuito quasi poetico, possa esser « considerata quale un'arida e noiosa materia. »

Studiò, dunque, giurisprudenza nelle Università di Freiburg e di Heidelberg, col più vivo entusiasmo e quasi con l'avido impulso della sete e della fame. Tale è appunto l'immaginosa espressione che egli adopera per rendere il suo stato d'animo nell'epoca degli studii universitarii.

Venne poi la guerra famosa con la Francia, e quindi tutto un biennio di grande agitazione per la Germania, che sentiva il bisogno supremo di una vittoria decisiva ai fini della futura grandezza. Ma egli, per ragioni di salute, non potè prender parte alla guerra; e ne profittò per consolidare maggiormente i suoi studii.

Digitized by Google

determinismo tende a cambiare l'idea di libertà: l'animo sarebbe libero da coazione esterna, agirebbe per motivi e conoscenza interna. Tanto varrebbe riconoscere la libertà dell'orologio o della macchina che stanno chiusi ermeticamente, liberi da ingerenze estranee, non calcolandosi le pressioni esterne, che sono tanto irrilevanti da non esservi bisogno di tenerne conto. Nè hanno valore i tentativi estremi di ridurre la libertà alla possibilità dell'agire secondo ragione, ecc.; poichè, se la interna risoluzione va da sè come un orologio, è del tutto indifferente che le ruote del meccanismo girino con maggiore o minore velocità e che una ruota principale smetta di muoversi con precisione. Ed anche tutto quanto si è detto sull'agire razionale, ecc. è completamente inutile, poichè anche la macchina più genialmente concepita è e rimane macchina, e non cosa razionale. E poi è persino messa male la questione; non è di sostanziale importanza il di dentro o il di fuori, ma se l'anima operi come macchina o razionalmente.

La tanto biasimata scolastica ha inteso con grande acume questi concetti, lasciandosi molto addietro le nebulosità retrograde di cotesti moderni. REINSTADLER (*Elementa philos. scolasticae* (1904), II, pag. 96) dice:

Digitized by Google

« Libertas psychologica duplex distinguitur, nimirum libertas a coactione et libertas a necessitate.

a) Libertas a coactione est immunitas a vi externa determinante ad aliquid contra entis inclinationem. Quae libertas deest e. g. in eo, qui invitus trahitur in carcere.

b) Libertas a necessitate est immunitas a determinatione intrinseca inclinante facultatem ad unum actum ita ut non possit illum non exercere. Positive proinde libertas a necessitate consistit in facultate se ipsum ad talem agendi modum determinandi, est perfectio qua facultas habet dominium sui actus. Libertas a necessitate vocatur etiam liberum arbitrium vel libertas arbitrii, quia « nihil aliud est quam vis electiva ».

E sinteticamente a pag. 97: « haec merito statui potest liberi arbitrii definitio essentialis: « voluntatis facultas, qua, positis omnibus ad agendum praerequisitis, potest agere vel non agere ».

Ma non c'è dubbio: la scolastica, perchè scolastica, deve aver torto, mentre il positivismo deve aver ragione perchè si basa sull'indagine più superficiale. In verità si tratta di debolezze concettuali che la scolastica aveva sorpassate da lungo tempo, e si presentarono come nuove idee grandiose e penetranti!

Digitized by Google

§ 15.

Anche cade senz'altro tutto ciò che il determinismo dice sul fondamento della responsabilità. L'argomento principale è che la responsabilità ha per base il giudizio su di un valore, e tale apprezzamento è lo stesso, si consideri la volontà come liberamente agente o come irresistibilmente determinata dalla natura del carattere; invece, si dice, se il suo carattere è così fermo che sia del tutto escluso un agire diverso, lo si apprezzerà di più che s'egli sembri una canna e possa la sua determinazione dirigersi a volta a volta a destra o a sinistra.

Ma è del tutto illogico scambiare la responsabilità con tale giudizio su di un valore. A tale stregua si dovrebbe giudicare se dalla natura dell'animo di uno ci fosse da aspettare bene o male: sarebbe come valutar molto o poco un buon orologio che va bene o una bestia da soma che adempie bene le sue funzioni, proprio a causa della loro proprietà di servire alla loro destinazione.

Ma così è disconosciuto il concetto della responsabilità. Il maggiore o minore apprezzamento non può menare alla responsabilità di uno meno apprezzato, ad affibiargli una pena,

Digitized by Google

a condannarlo ai danni. Non sta la responsabilità nel trovarsi uno più in alto o più in basso nella scala del giudizio sui valori, ma nell'aver egli agito in un dato modo di cui gli si fa carico, perchè avrebbe potuto e dovuto agire altrimenti, il che porta per lui un male e una sofferenza proporzionata, poichè non ha agito come macchina caricata, ma secondo una scelta attribuitagli dall'essere uomo libero.

Se si volesse riconoscere l'importanza di quella valutazione si dovrebbero tirare in ballo, per la responsabilità, anche la valutazione intellettuale e quella morale; poichè, se la responsabilità si fonda sopra una valutazione della personalità e della sua importanza per la vita sociale, dovrebbe egualmente tenersi conto del valore del suo patrimonio intellettuale. Per molti rapporti alla società importa assai più in una persona l'acume che la moralità: per il generale in guerra, per lo statista o il diplomatico è più importante un'intelligenza molto lucida che un carattere elevato, ed anche nella vita comune una bella mente mediocremente morale vale assai più di un tanghero pieno di scrupoli. Nondimeno sarebbe ripugnante dichiarar responsabile o proprio condannare chi ha errato per deficienza

Digitized by Google

intellettuale. Noi certo, nella storia, lo bolleremo d'inettitudine poichè la verità è il compito della storia e questo corrisponde alla verità, ma contraddirebbe stridentemente al modo di vedere della nostra civiltà mettere in prigione o anche condannar solo al risarcimento dei danni il generale che per mancanza di acume ha perso la battaglia o il diplomatico che si è fatto ingannare per poca perspicacia. Noi tutti sentiamo che fece male Federico il Grande a far mettere in ceppi i giudici nel processo di Arnoldo, benchè la loro sentenza fosse il colmo della perversità, perchè è indiscutibile il loro sentimento del dovere e la loro buona fede; lo stesso si dica della consuetudine di due secoli fa di giustiziare gli ammiragli che per errore facevano perdere le battaglie.

È quindi ben diversa da quella della responsabilità la questione del giudizio sul valore o sul merito d'un'azione. Perciò, nella valutazione del merito, non si bada nemmeno se l'agente ha fatto il bene con sua gioia o in lotta con se stesso; nel primo caso ha pure un merito, per aver fatto cosa intellettualmente eminente: ma allora non si tien conto della questione della responsabilità. Tutta la teoria che porta tali casi nella dottrina della respon-

Digitized by Google

sabilità si fonda sull'erroneo principio che pone sur un solo livello merito e responsabilità.

Certo è oggètto di ulteriore ricerca se a un dato modo d'agire inerisca un contenuto morale, o se sia moralmente irrilevante, come pura opera intellettuale. È una terza questione, diversa da quelle del merito e della responsabilità. Quindi si tratta sempre di tre questioni diverse che gli avversarii cercano di completamente confondere in una.

§ 16.

Merkel e i suoi seguaci — non è il caso di parlare d'una scuola — hanno sempre negata la libertà del volere, poichè tutta la dottrina di Merkel, come altra volta si è notato, è un incompletissimo raffronto di alcuni diritti senza approfondimento dei problemi. Merkel, volendo salvare il determinismo, ricollegandosi all'errore sopra confutato, dichiarava che anche la volontà determinata è oggetto di apprezzamento etico poichè nell'etica come nell'estetica non si arriva sino a vedere se uno avrebbe potuto fare anche un'altra cosa (1). Il concetto del poter

---

(1) Cfr. specialmente MERKEL, *Scritti riuniti*, II, 440 e 716. Anche in TARDIEU, *Philosophie pénale*, p. 19.

Digitized by Google

fare diversamente, ed è proprio questo il concetto inerente alla dottrina della volontà, sarebbe infruttuoso per ogni modo di vedere.

Tutto questo è falso. Già il riferimento all'estetica dipende da mancanza di ogni approfondimento filosofico. Che c'entra l'agire coll'estetica? In essa non si guarda all'agire, ma all'opera, all'idea divenuta realtà. Se fosse possibile la creazione d'opere d'arte senza qualsiasi sforzo umano, se le idee umane si attuassero senza attività umana, l'opera artistica sarebbe grande ed esteticamente importante non meno di quel che essa è come creazione umana. Questo già sapeva Dante quando scrisse nel Purgatorio quei mirabili versi ove è ricordato quando i poeti trovano alle falde del monte della purificazione le bellissime sculture, sculture storiche, così piene di vita da far credere che fossero uomini, eppure di grande valore ideale. Per l'estetica non si tien conto del pittore, ma del quadro, e solo allo storico dell'arte importa sapere chi fu l'autore e in quale fase della sua produzione intellettuale lo dipinse.

Ma anche per altre ragioni manca ogni metodo scientifico all'esposizione del Merkel. Egli ci vuol dire: noi non lodiamo meno il samaritano misericordioso, sol perchè non possiamo conce-

Digitized by Google

pire ch'egli in qualche modo potesse non curarsi del ferito, come altri facevano prima di lui: l'uomo ci potrebbe guadagnare solo se la sua natura era tanto morale da doversi escludere ogni altro modo di agire.

È stato già parola di quanto ciò si fonda sulla confusione tra merito e azione producente una responsabilità.

Ma si sbaglia per un altro verso quando si vuol sostenere che secondo la nostra teoria del libero arbitrio l'agire del samaritano debba perdere la sua consistenza specifica morale per divenire moralmente indifferente nel caso che era escluso in lui ogni inciampo.

Poichè l'essenza morale dell'atto richiede solo la possibilità, non anche l'esistenza di una verifica nella bilancia dell'etica; non richiede l'esistenza d'una lotta nell'anima ma solo di una situazione psichica tale che si potevano applicare i risultati della morale. L'agire è nella cerchia della morale, non perchè nel caso singolo sia stato vinto un elemento immorale ma perchè esso vi si sarebbe potuto insinuare. E l'agire quindi si trova nella cerchia della morale se la determinazione, anche solo per le modalità o il quanto, poteva valere come attività morale. In particolare si noti:

Digitized by Google

1. Il ragionamento di Merkel non tiene calcolo del divenire del carattere dell'uomo. Come mai trascurarlo, se il samaritano misericordioso divenne qual poi fu solo dopo un costante tormentare se stesso e dopo avere sconfitto l'egoismo e altri ignobili istinti? Si crede che S. Francesco divenne santo senza un annoso mortificare gli stimoli della passione? Si crede che se i seguaci di San Francesco donavano ai poveri il loro avere non vincevano liberamente se stessi, elevandosi dalle aspirazioni terrestri alla pace del cielo? Non si sa che la fronte del santo dà l'immagine delle lotte e delle battaglie di lunghi anni? Non è proprio la storia di Cristo che ci ha tramandato il ricordo della tentazione? Ogni grand'uomo ha il suo noviziato, in cui lotta con se stesso e finisce per divenire quegli che deve influire sulle sorti del mondo. E se non può essere diversamente del santo, uguale è la lotta durata per lunghi anni contro se stesso; il carattere che si fa sentire nell'opera è il carattere che si trasforma per virtù propria.

2. Ma anche all'infuori di questo nè il samaritano nè noi o il santo cristiano o buddista siamo una macchina umana in cui la libera volontà fosse ammutolita. Anche il Samaritano procederà provando, in fatto d'amore, e se gli si presentano

Digitized by Google

due o più cose necessarie, avrà da pensare a chi e come porterà aiuto. Ma anche tutto il modo di accostarsi all'amore è oggetto della sua meditazione. È poi cosa della sua determinazione il vedere se dev'essere più o meno zelante e se deve servirsi d'un mezzo o d'un altro. Il Samaritano che s'intenda un poco di medicina agirà diversamente che un profano dell'arte medica; se egli è proprio un medico dovrà vagliare i singoli atti della sua opera secondo i diversi metodi di cure delle ferite. E se più sono i feriti penserà chi debba soccorrer prima. Ciò dimostra che l'uomo considerato nell'azione, e non come marionetta senza volontà, si è determinato ad agire in base a ragionamenti, e che quindi ha operato secondo una scelta. Ma oltre di questo viene in considerazione.

3. Che anche il Samaritano e il santo possono cadere in dissidi sempre rinnovantisi con ignobili istinti.

Noi ci proporremo il quesito: avrebbe agito egli anche così se avesse procurato, con un procedimento contrario, grandi vantaggi a sè o ai suoi, o anche solo al suo popolo? Ci domanderemo: una parte delle sue azioni non fu determinata anche solo incidentalmente dal desiderio del piacere o della gloria? Non ci sarà

Digitized by Google

Dopo la laurea, conseguita con grande successo, fece attiva pratica forense in Mannheim, dove attese anche ad ampliare la sua varia cultura ed esplicò ancor più la sua attività letteraria.

Negli anni 1877 e 1878 comparve il suo classico trattato sul diritto di privativa industriale *(Patentrecht)*, che doveva esercitare una così meravigliosa e così profonda influenza mondiale in un campo dove convergono i più vitali interessi del moderno progresso delle industrie.

Professore nel 1878 alla scuola superiore di Würzburg, fu, dieci anni dopo, nel 1888, chiamato a insegnare materie giuridiche nell'Università di Berlino, dove sin d'allora ha esercitato ed esercita sempre la sua straordinaria influenza di grande maestro e di altissimo educatore intellettuale.

L'attività di quest'ultimo periodo è semplicemente prodigiosa; poichè il professore diffonde le sue energie didattiche nell'insegnamento di circa una decina di scienze giuridiche universitarie, e lo scrittore accumula una intera biblioteca di libri, varii d'indole e d'argomento, da lui genialmente concepiti e rapidamente composti.

In tutta questa multiforme e veramente fenomenale esplicazione dell'attività del suo ingegno poderoso, una nota domina sovrana: la genialità della vasta cultura. E a tale nota, che egli, per il primo, tiene in grandissimo conto, convien dare anche qui il massimo rilievo, per dimostrare come il criterio

Digitized by Google

stato più d'un cristiano morto nell'arena non molto meno vanaglorioso d'un gladiatore?

Perciò noi abbiamo sempre dinanzi, nel samaritano o nel santo, una personalità umana, umana in tutto, non una pura comparsa del sentimento umano, e questa convinzione determina il nostro giudizio etico; essa fa sì che consideriamo come etico l'atto, dovessimo pure esser convinti che il santo nel caso singolo era tanto invaso di sante aspirazioni, da non poternelo distogliere qualsiasi motivo contrario. Noi abbiamo innanzi sempre un uomo che per lo meno può trovarsi in una posizione critica, e il cui operare non si può prevedere con esattezza matematica. Per questo proprio noi consideriamo l'atto come morale: quando in lui dovessimo trovare una semplice comparsa, perderebbe agli occhi nostri ogni interesse: a un tanghero che si compiace di fasciar ferite, a un idiota che trova gusto a trarre dall'acqua chi vi è caduto non può ascriversi l'attributo della moralità più che al cane di S. Bernardo che ha salvato un uomo.

Però anche noi negheremo all'atto dell'uomo ragionevole il carattere etico soltanto se il suo agire, pure libero, fu la conseguenza di un difetto organico, come se, p. es., un omosessuale non si congiunga coll'altro sesso, o uno

Digitized by Google

completamente asessuale rimanga estraneo ad ogni commozione venerea, o se uno disdegni un lauto banchetto per soffrire di mal di mare. Qua all'uomo proprio manca un aspetto dell'essere umano, nel qual riguardo non può esistere per lui merito o demerito nè egli può operare virtuosamente o viziosamente. Nè uno può essere in qualche modo positivamente morale perchè si macchia della colpa contraria; non loderemo il prodigo perchè non è avaro: l'una e l'altra cosa sono vizii, e Dante li ha messi nello stesso punto del Purgatorio (Canto XXII).

§ 17.

Non è necessario confutare l'obbiezione che, ammessa la libertà del volere, è reciso il ponte fra la personalità e l'azione. La personalità agisce proprio in grazia della sua libera volontà, e appunto col determinarsi prova la forza del suo essere. Quanto si dice in questo senso può dunque restare senza risposta. Basta riferirsi alle parole di LASSON, *Causalità*, p. 174: (Pel LX anniversario della fondazione della Associazione di filosofia di Berlino) « Libertà e dipendenza non si escludono a vicenda e non contengono una contraddizione. Non solo la coazione o la determi-

Digitized by Google

nazione per ciò che è estraneo è contraria alla libertà, ma anche la vacuità di uno spirito senza determinazione e l'arbitrio capriccioso annullano la libertà. La libertà concreta è quella dipendenza per la quale l'attività razionale si rimette al carattere nel largo senso della parola come estrinsecazione voluta in base al conservarsi identico della personalità. Quel ch'è libero in questo senso è quello che emana dall'interno con espressa volontà, affermandosi proprio nell'azione, sia pure in base a commozioni provenienti dall'esterno, ed il movente è libero in quanto, pel mantenersi identifico della personalità, e come espressione ed emanazione di essa, è posto in relazione colla vita dello spirito ».

§ 18.

Nessuno nega meno di noi l'influenza delle circostanze. Nessuno nega meno di noi l'influenza del carattere nell'operare. Ma tanto più noi ci opponiamo alla teoria dell'osservazione meccanica della psiche che guarda nell'azione solo la risultante matematica delle due forze concorrenti: circostanze e carattere. Credere che l'uomo abbia un carattere immutabile è ipotesi falsa, non documentata da esperienza alcuna:

Digitized by Google

invece è esso mutevole e noi stessi possiamo lavorare per il miglioramento della nostra natura come già (p. 51) si è detto. È poi completamente errato immaginarselo tale che un motivo lo tocchi come si tocca una macchina e ch'esso in determinate circostanze debba muoversi secondo certi tuoni, proprio come un istrumento. Or, ammettendosi che un uomo si determini secondo la corda *G*, uno secondo la corda *E*, se cooperano più motivi, sarà necessariamente il decisivo *G* o *E*? Questo è erroneo. Inoltre il carattere darà un'inclinazione verso un dato agire, poichè il carattere stesso non è se non un'inclinazione ad operare sulle circostanze in data maniera, il che dicono habitus gli scolastici come S. Tommaso e Duns Scoto: ma è una tendenza, non una necessità. Cosi ci si riporta all'errore fondamentale di costringere il mondo organico nella camicia di forza dell'inorganico e di far uso di riflessi che riguardano solo quest'ultimo. L'organico ha tante singolarità perdentisi nell'infinito che non può parlarsi di un tale accordo dell'istrumento carattere. Restiamo nell'esempio: la corda *E* non avrà mai il suono di *G*, ma il violinista che mette il dito in un dato punto di *E*, e per questo l'abbrevia, ne avrà i suoni *F*, *G*, *A*, *H* ed altri infiniti; e col mettere piano le dita ricaverà

Digitized by Google

un tuono di flagioletto, e avrà un forte o un piano usando dell'arco in un modo o in un altro. Così è del carattere umano. La volontà umana, in forza del suo carattere, agirà in modo che non potranno aversi certe azioni: nessuno, sapendo di avere a pranzo un uomo mite avrà il timore che questi forse potrà adirarsi e scannarlo; ma, nei limiti del carattere, uno agirà liberamente in un modo o in un altro. Il carattere darà una inclinazione ch'è così forte che date azioni sono escluse senz'altro, ma, all'infuori di ciò, l'azione non si può prevedere. Se in un dato caso dovessimo ammettere che le forze esterne abbiano ad operare sul carattere tanto fortemente da non poter più bastare la libera volontà a scansare il male, avremmo innanzi a noi un incosciente, epperò ne sarebbe esclusa la responsabilità (1). Così egregiamente dice SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa*, I, 83 a 1: « ex hujusmodi dispositione homo inclinatur ad eligendum aliquid vel repudiandum. Sed istae inclinationes subjacent judicio rationis, cui obedit inferior appetitus (2). » E così anche

---

(1) Fin dove sia da ammettere l'incoscienza in un sadista cfr. ILBERG, *Riv. mensile per la psicologia criminale,* II, 619.

(2) Anche dopo, in questo senso, LEIBNITZ e altri.

Digitized by Google

Dante (1), seguendo San Tommaso, dice nel *Purgatorio*, XVIII, 67:

Color che ragionando andaro al fondo
s'accorser d'esta innata libertate,
però moralità lasciaro al mondo.
Onde, pognam che di necessitate
surga ogni amor che dentro a noi s'accende:
di ritenerlo è in noi la potestate.

2. Diritto penale ed opera ausiliaria della morale.

§ 19.

Se il diritto penale si fonda sulla libertà del volere, siamo di nuovo all'antica e fondamentale idea del compenso e dell'espiazione. Quest'idea deve tenersi nettamente distinta da quelle d'intimorimento, miglioramento, ecc. Ciò ch'essa vuole è il compenso del male col dolore e colla sofferenza. Il che naturalmente è un concetto metafisico ma non più metafisico d'ogni scienza approfondita, non più metafisico soprattutto del concetto di compenso e di giustizia

---

(1) Cfr. anche il mio scritto: *Dante profeta del nostro tempo*, pag. 21. A lode della critica è notevole che molte recensioni s'incaricarono esclusivamente del titolo dell'opera senza considerarne il contenuto.

Digitized by Google

compensativa, concetto che proprio non può non esser formulato razionalmente: coloro che rinnegano la metafisica devono per conseguenza rinunziare a quest'idea.

Senza dubbio questo realizzarsi dell'idea di compenso è connesso all'evoluzione storica dell'umanità, e propriamente in due rapporti: in primo luogo a seconda della specie d'intensità del compenso, che dev'essere completamente in rapporto colla coscienza popolare dell'epoca in cui vige il diritto penale; e poi, dall'altro lato, tocca il concetto d'intimorimento e di miglioramento, come aveva già riconosciuto San Tommaso (1). Non lo contiene, ma è in armonia con esso.

Sicchè anche ai nostri tempi è giusto concepire il diritto penale come diritto della ricompensa; senza questo concetto il diritto penale diventa un sistema d'indagine poliziesca, una immagine utilitaria di sicurezza e d'educazione che nulla ha da fare colla giustizia e in fondo dà ragione al principio che è meglio mettere uno sulla croce che far soffrire un popolo intero. Noi dunque approviamo l'idea d'un diritto compensatore, ossia di un diritto fondato sulla

---

(1) Cfr. su ciò Brands in *Riv. pel dir. comp.*, XVIII, 102.

Digitized by Google

giustizia. Naturalmente noi l'approfondiamo storicamente, da un lato mettendo la misura del compenso in rapporto a un dato stadio della civiltà umana, e cercando d'altra parte di tracciare la linea che separa questo diritto dall'utile e di foggiare in pari tempo la pena in modo che questa renda migliori e intimorisca (1).

§ 20.

Pure si è tratta una strana conchiusione col dire: se il carattere di uno è buono ed egli ciò nonpertanto si comporta male, la sua responsabilità dev'essere maggiore di come sarebbe se avesse un'indole cattiva, ossia se in forza del suo carattere avesse in sè la tendenza ad infrangere l'ordinamento sociale. Quindi l'eroe della virtù dev'esser punito con più rigore dell'uomo vizioso. Non occorre che questo sia confutato. Più un carattere è cattivo, maggiore è la sua inclinazione al male, e tanto è più stringente il dovere, nell'uomo, non soltanto di combattere quella tendenza, nel caso singolo, ma anche, e soprattutto, di lottare con se stesso per abbattere durevolmente i pravi istinti. Chi ha

---

(1) Cfr. il mio scritto *Sulla natura della pena,* pag. 10.

Digitized by Google

buona indole potrà mancare, nella fattispecie, per un grave movente riuscito vittorioso o proditoriamente insinuatosi; egli quasi avrà ignorato che spesso il male tenta all'impensata, egli non gli avrà chiusa la porta abbastanza tenacemente. Va da sè che tale fallo sia assai men grave che nei caratteri depravati, e di questo deve tener conto il magistrato nella commisurazione della pena e nell'accordare le circostanze attenuanti. Questo non è diverso dell'esser più responsabile chi custodisce un tesoro esposto a forti pericoli di chi è posto a custodire oggetti ritenuti pressochè sicuri. Maggiore è il pericolo, e maggiore è naturalmente anche il dovere della difesa; perciò è maggiore la responsabilità di chi ne ha trascurato il dovere.

Qui appar vero senz'altro che vi sono uomini gravati per natura da doveri maggiori che non altri, poichè, anche prescindendo dal carattere acquisito, vi sono nel carattere qual è naturalmente gravi differenze, e quindi esso può esser guastato e corrotto in giovinezza, quando l'uomo non deve pensare al lavoro; e poi tutto l'ambiente può agire sulla formazione del carattere con effetti, direi quasi, letali. Così il problema della vita è per alcuni più grave, per altri invece più facile.

Digitized by Google

È certo. Ma non è solo in ciò che il destino, in questo senso, appare ingiusto. Tutto il destino è pieno di tali disuguaglianze. Ad altri appresta la sorte gravi tentazioni, mentre altri ne sta lontano, uno è in una posizione sociale cui incombono gravi doveri, mentre altri opera nella beata condizione di non poter fare nè molto bene, nè molto male. È il segreto della fortuna, contro la quale è impossibile dar di cozzo, per essere a noi celata la causa remota di queste disuguaglianze. A tanto deve rassegnarsi la nostra conoscenza: « ...o predestinazione, quanto rimota è la radice tua »! (DANTE *Par.* XX, 130) (1). Ma senza dubbio è missione sociale dello Stato far che queste disuguaglianze siano quanto meno stridenti è possibile. Se oggi si cerca di compensare coll'assicurazione obbligatoria o con altri mezzi di attenuare le ingiustizie che portano nella vita le disuguaglianze d'ordine economico, è anche nostro cómpito di soccorrere il nostro simile, sicchè egli possibilmente faccia buon uso della posizione in cui l'ha messo il suo carattere e gli sia alleviato il carico di cui l'ha gravato la sorte.

---

(1) Difficilmente oggi ci soddisfano le spiegazioni di SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa theol.*, I, 23 a. 5.

Digitized by Google